UNIVERSITÉ DE RENNES. — FACULTÉ DE DROIT

De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs en matière de communauté

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 27 Mars 1939, à 15 heures

PAR

PIERRE LÉCUYER

Membres du Jury :

MM. TRASBOT, Professeur, Président.
LENOAN, Professeur.
PERCEROU, Professeur.

PLOËRMEL
IMP. « LE PLOËRMELAIS »
—
1939

De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs en matière de communauté

UNIVERSITÉ DE RENNES. — FACULTÉ DE DROIT

De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs en matière de communauté

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 27 Mars 1939, à 15 heures

PAR

PIERRE LÉCUYER

Membres du Jury :

MM. TRASBOT, Professeur, Président.
LENOAN, Professeur.
PERCEROU, Professeur.

PLOËRMEL
IMP. « LE PLOËRMELAIS »
—
1939

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549206_0012

De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs en matière de communauté

INTRODUCTION

I

Le régime de communauté, surtout sous sa forme de régime légal, a été souvent l'objet de critiques.

Les griefs qui lui sont adressés ont, en général, leur source dans le principe qui découle de l'article 1421 et que l'on a pu résumer dans cette formule « Le mari est seigneur et maître de la communauté ».

Le Code Civil semble concentrer, entre les mains du mari, un pouvoir redoutable, susceptible de constituer pour lui une arme dangereuse et dont, le cas échéant, il sera tenté d'abuser au détriment de sa propre femme.

Cependant le Code n'a fait que reprendre une idée traditionnelle de l'Ancien Droit. Ce principe de la souveraineté maritale était, en effet, fort connu des principales coutumes et des vieux auteurs. La Coutume de Paris, notamment dans son article 225, s'étendait à loisir sur les droits du mari : « Le mari, disait-elle, est seigneur des meubles et conquests immeubles par lui faits durant et constant le mariage de luy et de la femme : en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer et en faire et disposer par donation

ou autre disposition faite entre vifs à son plaisir et volonté sans le consentement de sa dite femme ». — De son côté, la Coutume de Blois rapportait dans son article 178: « Les meubles et acquêts sont en la pleine disposition du mari qui peut en disposer comme un vrai seigneur de sa propre chose ».

Les auteurs n'étaient pas moins explicites, et si on lit dans les œuvres de Dumoulin que le mari est « pleno jure dominus omnium bonorum conquestuum » (1), d'Argentré allait encore plus loin en comparant la femme durant son mariage aux domestiques du pater-familias romain.

Après Loisel qui déclarait que « le mari est maître de la communauté » (2), on trouve dans Pothier, commentateur de la Coutume d'Orléans, la charte des pouvoirs du mari sous l'Ancien Droit : « Le mari, comme chef de la communauté est réputé seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure et il en peut disposer à son gré sans le consentement de sa femme. Il peut dégrader héritages, briser les meubles, tuer par brutalité ses chevaux et autres animaux dépendants de la communauté sans être comptable à sa femme de toutes ces choses » (3).

Une telle unanimité dans l'affirmation des droits du mari sur les biens communs dans l'Ancien Droit n'avait pas manqué de frapper le législateur de 1804 dont on connaît assez les idées antiféministes.

Il n'y a donc pas à s'étonner si l'on rencontre, dans le Code Civil, un article 1421 qui soit la consécration de cette tendance en matière d'administration de la communauté légale.

(1) Molinaei opera.
(2) Loisel, Livre I, t. 2, n° 16. Institutes coutumières.
(3) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 468 et suiv.

Mais alors apparait un sérieux danger pour la femme : c'est que le mari se révélant le maître absolu de la communauté, va pouvoir agir selon son bon plaisir et sans que sa femme puisse s'immiscer dans la gestion des biens communs. Le mari pourra alors être amené à profiter de cette situation exceptionnelle qu'il tient de la loi et, pour peu qu'il soit animé d'une pensée de haine à l'égard de sa femme ou même d'un simple désir de s'enrichir lui-même ou d'enrichir un tiers, il sera porté à frauder son épouse et à diminuer la part de biens qui doit normalement échoir à celle-ci au moment du partage de la communauté.

Cette possibilité d'une fraude de la part du mari durant sa gestion, n'était d'ailleurs pas inconnue de l'Ancien Droit et l'art. 225 de la Coutume de Paris qui mentionnait et énumérait les droits du mari, terminait ainsi : « ... il peut disposer à personne capable et sans fraude ».

Les anciens auteurs connaissaient aussi la fraude maritale. Pour Pothier, elle consistait surtout dans le fait pour tout mari de s'enrichir aux dépens et au détriment de sa femme (4). Lebrun ne cherchait pas à définir la fraude : sans vouloir en faire une synthèse, il énumérait une suite de cas d'espèce où l'acte était frauduleux à raison surtout des circonstances, par exemple du caractère du bénéficiaire de l'acte ou du moment de l'établissement du contrat (proximité de la mort) (5).

Le Code Civil, au contraire, ne parle pas de la fraude du mari durant la communauté, mais se borne seulement à définir et à limiter dans une faible mesure les pouvoirs de celui-ci dans les art. 1421, 1422 et 1423. Il

(4) *Traité de la Communauté*, n° 482.
(5) Lebrun, Livre II, Ch. II, Sect. I, n° 32 et suiv.

consacre donc l'idée qu'il existe des actes défendus au mari. Tout au plus, dans l'art. 213 prévoit-il une sanction aux actes frauduleusement passés durant une instance en séparation de corps ou en divorce. On peut alors se demander, en présence de cette carence de la loi, si les actes qui excèdent les pouvoirs du mari seront cependant l'objet d'une sanction, et si la femme frustrée aura un recours quelconque contre la fraude maritale.

II

a) Il existe bien dans le Code des moyens accordés, pour la sauvegarde de ses intérêts, à la femme. Mais ces moyens n'agissent que dans la mesure où l'épouse peut avoir une prise effective sur le mari coupable. C'est ce qui se produit notamment lorsque les actes passés par le mari sont pour lui l'occasion d'un profit personnel et que sa fraude plus particulièrement lui a été avantageuse. En l'espèce, il y a, en effet, un terme normal à la vie commune : la dissolution de la communauté qui fait aboutir à un règlement de tous comptes entre époux : et par conséquent à ce moment, le mari restituera en nature ou en valeur à la femme tout ce qu'il lui a pris pendant la durée du mariage.

La femme ne saurait donc craindre de la part de son mari qu'une fraude postérieure à la dissolution de la communauté, fraude que le Code a d'ailleurs prévue sous le nom de recel ou divertissement.

Mais il n'en reste pas moins que la femme n'est pas complètement désarmée en face de son mari coupable d'une fraude à son propre profit. Le Code a prévu, en effet, tout un système de moyens pour empêcher les

conséquences des actes du mari de retomber définitivement sur la femme.

C'est que tout d'abord le régime de communauté légale n'est pas obligatoirement imposé aux futurs époux. Il n'existera qu'en cas d'absence d'un contrat de mariage. Il est donc facile à la femme qui adoptera un contrat d'y insérer diverses clauses qui la garantiront de la fraude éventuelle de son mari. C'est ainsi que l'insertion au contrat de certaines clauses restrictives de la communauté (clause de réduction de la communauté aux acquets) limitera déjà singulièrement le champ d'application des pouvoirs du mari, maître du patrimoine commun, en diminuant le nombre des biens à y rentrer normalement.

La femme peut aussi exiger que le régime adopté soit celui de la séparation de biens : le mari ne saurait alors la frustrer puisqu'elle conserve l'entière administration de ses biens ainsi que la libre jouissance de ses revenus (article 1536). La loi du 18 février 1938 a même fait un pas en avant dans cette idée de l'émancipation féminine et si l'on admet que la femme n'a plus besoin de l'autorisation maritale pour la gestion de sa propre fortune (6), elle a acquis vis-à-vis de son mari pour son patrimoine personnel, une indépendance juridique qui, hors la gestion des biens communs lui interdit toute crainte de fraude maritale.

Même en cas d'inexistence de contrat de mariage et d'adoption corrélative du régime de communauté légale, la situation de la femme ne sera pas pour autant désastreuse.

(6) Les auteurs discutent à ce sujet (Voir note Esmein, *Gaz. du Palais*, 1er juin 1938). La Jurisprudence n'a pas encore eu de cas précis à étudier.

C'est que le Code lui offre cependant, diverses façons d'arriver à rétablir l'équilibre que le mari a rompu en son propre intérêt.

Il y a d'abord, issu de la fusion de divers articles (1403, 1431, 1478) un principe qui se dégage en matière de communauté : aucun patrimoine ne doit s'enrichir au détriment d'un autre. Cette idée, qui a donné naissance à la célèbre théorie des récompenses, permet à la communauté et à la femme de récupérer, sur le patrimoine du mari, la valeur des biens que ce dernier en a, frauduleusement ou non, soustrait. Par le jeu de cette théorie, il arrivera tôt ou tard que le mari restituera à la femme ce qu'il lui a pris et, de ce fait, celle-ci ne subira aucun dommage. Mais ce n'est pas tout.

L'épouse possède encore sur la totalité des biens de son mari une hypothèque légale. Par ce moyen, si la femme est victime d'une fraude, elle peut saisir un immeuble propre de son conjoint et se dédommager du préjudice qu'elle a subi.

De plus, une loi relativement récente du 13 juillet 1907 permet à la femme commune en biens de soustraire à l'administration de son mari tous ses salaires et le produit de ses salaires. La création des biens réservés met donc à l'abri de toute appréhension de la part de son mari cette partie intégrale du patrimoine commun.

Enfin, certaines pénalités édictées contre le mari fraudeur, en matière de recel ou de divertissement, inciteront ce dernier à la méfiance, car il s'exposerait en cachant un objet commun, lors du partage, à perdre sa part dans cet objet.

On peut donc conclure que la femme est relativement bien protégée contre toute fraude de son mari

lorsque ce dernier agit dans le but d'augmenter son propre patrimoine.

b) Par la mise en valeur de l'un ou l'autre des moyens qui lui sont offerts la femme peut arriver à paralyser l'activité d'un mari trop peu scrupuleux.

Mais pour cela une condition est absolument nécessaire : c'est que le mari fraudeur ne soit pas devenu insolvable.

On ne voit pas bien, en effet, comment la femme pourrait, en vertu de la théorie des récompenses, retirer du patrimoine de son mari la valeur des biens dont celui-ci s'est enrichi, si au moment de la mise en vigueur de la sanction, ce patrimoine s'avère complètement vide ?

Le problème de la fraude se corse encore davantage lorsque le bénéficiaire de l'acte du mari est un tiers étranger au ménage.

La femme se trouve alors dans une situation peu encourageante : d'un côté, le mari auteur de la fraude est complètement insolvable, de l'autre le tiers bénéficiaire possède des droits acquis qui semblent indiscutables.

Le bénéficiaire de la fraude devra-t-il cependant jouir en paix des biens ainsi obtenus sans que l'épouse frustrée ne puisse rien faire pour le rétablissement de ses droits ?

La femme possède, en effet, des droits certains sur les biens communs (7) et ne saurait rester passive en face de la méconnaissance de ses droits par son mari. Mais alors de quel moyen usera-t-elle pour combattre la fraude dont elle est victime ?

(7) *Infra.* Paragraphe III, pages 19 et 20.

Si le Code échelonne tout au long de ses articles sur le contrat de mariage les nombreux moyens qu'il accorde à la femme contre le mari bénéficiaire de sa propre fraude, il est muet sur la sanction à donner lorsqu'un tiers tire profit de l'acte frauduleusement passé par le mari.

Cependant l'examen des deux situations fournit immédiatement des suggestions intéressantes : les rapports patrimoniaux entre la femme et son mari sont fréquents et durent tant que subsiste le mariage. Il n'y a plus, dès lors, à tenir compte de la valeur de chacun des actes passés et la femme n'aura pas à s'occuper pendant toute la durée de la communauté, de savoir si les actes de son mari lui sont préjudiciables ou non.

Ce qui importe avant tout, ce sont les résultats obtenus. Les époux peuvent aisément être comparés à deux personnes qui possèdent ensemble un compte courant dans lequel sont mentionnés successivement les apports et les retraits de chacune d'elles jusqu'au jour où elles conviennent d'arrêter le compte. Le jour de la dissolution de la communauté sera pour les époux le jour de l'arrêté de compte. Si le mari a pris durant la vie commune trop de biens, il en doit la restitution ou la valeur à la femme.

Entre la femme et le bénéficiaire étranger il n'y a pas, au contraire, de compte courant. Il s'agit d'un acte passager passé par le mari et contre lequel doit faire face la femme si elle veut que le préjudice qu'elle subit soit réparé. Le tiers étranger au ménage a un intérêt diamétralement opposé à celui de la femme : il voudrait que l'acte subsistât quand la femme en désirerait l'anéantissement.

Mais on chercherait en vain dans le Code un moyen

qui permit à la femme d'obtenir le résultat escompté. Devant cette carence de la loi, il a appartenu à la Jurisprudence d'édifier tout un système qui aboutit à la fois au rétablissement des droits de la femme sans bouleversement de ceux alors acquis aux tiers.

Il a fallu partir des bases offertes par les articles 1421, 1422 et 1423 qui sont la charte des pouvoirs du mari commun en biens.

La Jurisprudence a été frappée du fait que sont permis au mari certains actes bien déterminés tant en matière de contrats à titre onéreux que de donations. Elle en a conclu que les actes qui ne rentraient pas dans le cadre de ces articles devaient lui être interdits. Mais pourquoi cette limitation et quelle peut bien être la cause de l'interdiction de certains actes pour le mari ?

C'est une idée d'ordre public ou de protection d'un intérêt privé qui est à la base des dispositions limitatives. Si l'on agit à l'encontre de leurs prescriptions, on est réputé agir en fraude. Ainsi l'on trouve un fondement pour annuler toute manœuvre consistant à tourner une loi préexistante et anéantir tout ce que peut viser l'expression « fraude à la loi » proprement dite, dans les dispositions impératives et d'ordre public qui sont édictées par l'article 6 du Code Civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Il en sera de même pour le mari.

Les articles 1421 et suivants permettent certains actes limités. Toutes les fois que les limites préétablies seront dépassées, le mari sera présumé agir en fraude des droits de sa femme.

Mais la Jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ce premier examen. Ayant établi que tous les actes non per-

mis au mari étaient présumés frauduleux, elle s'est demandé si, par corollaire, tous les actes permis par les articles 1421, 1422 et 1423 étaient valables ?

Il apparaît possible, en effet, au mari de déguiser des actes à lui défendus sous les apparences de ceux qui lui sont permis. Un critère objectif ne peut être retenu pour déceler cette fraude. Il a fallu alors s'aider d'un élément subjectif dont la base était l'intention du mari auteur de l'acte. C'est cette même intention qui, dans le cas de l'article 1167, permet de découvrir la fraude d'un débiteur malveillant à l'encontre des droits de ses créanciers.

En matière d'administration de la communauté, l'acte permis par le Code sera annulable toutes les fois qu'il laissera apparaître une intention trop évidente du mari de nuire à sa femme. L'action en annulation, forgée de toute pièce par la Jurisprudence, trouve sa base dans la maxime « Fraus omnia corrumpit », maxime issue d'un principe d'ordre général et dont la sanction de l'article 1167 n'est qu'un des aspects plus particulièrement étudié par le Code.

III

Le champ d'application de la fraude maritale se trouve ainsi nettement limité avec ses diverses sanctions.

D'un côté, fraude par le mari dans son propre intérêt, avec rétablissement des droits de la femme au moment de la dissolution de la communauté, par la mise en œuvre d'un des moyens légaux dont dispose l'épouse, et par imputation sur la part maritale de la valeur du bien distrait si le mari n'est pas devenu insolvable (8).

(8) C'est le sort commun de tout créancier en présence d'un débiteur insolvable que de perdre le prix de sa créance.

De l'autre, fraude par le mari dans l'intérêt d'un tiers au ménage et en l'occurrence l'étude de cette fraude ne se révèle intéressante qu'autant que l'intérêt de la femme frustrée se heurte aux droits des tiers bénéficiaires des largesses de son mari et par le fait même dans la mesure où l'action fondée sur la maxime « fraus omnia corrumpit » aura à se manifester.

Mais avant l'étude détaillée de ce problème, on doit se demander à quel moment la femme pourra intenter son action ?

Pourra-t-elle l'intenter au moment où elle aura connaissance de l'acte fait par son mari au mépris de ses droits contre le tiers bénéficiaire, ou bien devra-t-elle attendre comme dans le premier cas la dissolution de la communauté ?

Cette question se rattache à l'étendue des droits que la femme peut avoir sur les biens communs et il est primordial de la résoudre dès maintenant en fonction de la nature juridique de la communauté ?

Si l'on ramène la communauté à une institution juridique déjà existante, les droits des époux seront alors facilement connus.

La communauté est-elle une société, on dira que les droits des époux sont ceux de tous les associés.

Voudra-t-on voir dans les biens communs une propriété exclusive du mari, la femme, en ce cas, n'aurait pas plus de pouvoir sur ceux-ci que le tiers étranger au ménage.

Les auteurs ont d'ailleurs tour à tour soutenu ces diverses théories.

C'est ainsi que Toullier, le premier en date, est venu

dire que la communauté était une masse de biens dont le mari était propriétaire pendant le mariage (9).

Une seconde théorie, dûe à Troplong (10), a prétendu

(9) Toullier, *Droit Civil Français*, T. XII, n° 75 et suivants. — Cette théorie avait l'immense avantage de tout simplifier en supprimant le problème de la fraude : celle-ci, en effet, ne pouvait plus se concevoir du fait qu'un propriétaire ne saurait agir en fraude des droits d'autrui en disposant de sa propre chose. Elle se heurte cependant aux articles 1421, 1422 et 1423, qui interdisent au mari de faire certains actes de disposition. C'est que le mari ne peut être alors considérer comme un propriétaire des biens communs et la théorie de Toullier doit être rejetée.

(10) Troplong, *Le Droit Civil expliqué*. Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. T. I, n° 302 et suivants. — Cette théorie qui avait l'avantage de ramener les droits des époux à ceux de simples associés, se heurte cependant au fait qu'une société est constituée en vue de réalisation de bénéfices, ce qui n'est pas le cas de la communauté entre époux. D'ailleurs la Jurisprudence a eu à juger l'opinion de Troplong, sur les principes mêmes que celui-ci entendait donner comme support à sa théorie et la Cour de Cassation déclarait les 18 avril 1860, 16 janvier 1877 et 28 février 1886. (S. 60-I-305. — D. 78-I-265. — S. 87-I-213), qu'il n'était pas vrai que les créanciers de la communauté eussent la préférence sur les créanciers personnels de chacun des époux.

Plus récemment, Bonnecase (Supplément au *Traité théorique et pratique de Droit Civil* de Baudry-Lacantinerie et collaborateurs. Tome IV, p. 384 et suivantes) a repris cette théorie en la modifiant un peu. Il est venu dire notamment que la communauté est une société civile mais dotée d'une personnalité morale très atténuée. Et si ce juriste ne va pas jusqu'à prétendre comme Troplong que les créanciers communs doivent primer les créanciers personnels des époux, du moins affirme-t-il que la personnalité morale ne peut cependant pas être déniée à la communauté. Celle-ci lui est, en effet, reconnue par des textes comme l'article 1410 qui privant les créanciers personnels de la femme du recours sur les biens communs et l'article 1431 qui, disant que la femme ne peut être caution de la communauté, érigent bien cette dernière en personne morale distincte de la personnalité physique des époux.

La théorie de Bonnecase subit les mêmes critiques que celle de Troplong et ne peut pas être retenue davantage puisque le but de la communauté n'est pas une mise de fonds en commun en vue de la réalisation de bénéfices.

La personnalité de la communauté ne peut non plus se remarquer outre mesure : on assiste, en effet, à la confusion du patrimoine propre du mari avec le patrimoine commun et cette raison n'est pas la moindre pour refuser la personnalité morale à la communauté.

par la suite que la communauté était une société entre époux dotée de la personnalité morale : qu'en conséquence celle-ci était tenue des dettes sociales et que les créanciers sociaux devaient être préférés aux créanciers propres des époux.

Plus récemment Planiol (11) a vu dans la communauté une indivision, — fondée sur une idée d'association avec affectation précise, — où chaque époux aurait sur les biens qui la composent les droits de co-propriétaire.

Cette théorie était connue de l'Ancien Droit et certaines coutumes comme celle d'Anjou (12) de 1508 ou celle du Maine (13) disaient que « le mari peut vendre et aliéner tels acquêts et bien de communauté, mais ne peut donner que sa part ». Certains auteurs, comme Ferrière sous ses commentaires de la Coutume de Paris (14) en 1676, déclaraient : « le mari est seigneur et maître des meubles et conquests immeubles, mais il n'en est pas propriétaire si ce n'est de sa moitié seulement ».

C'était là reconnaître implicitement le droit de la femme à la propriété de la moitié de la communauté, en parlant de celle du mari sur l'autre moitié.

Cependant, si l'on peut retenir que la communauté est une indivision où les époux ont tous deux des droits actuels de co-propriété, encore ne faut-il pas dire que cette communauté soit une indivision ordinaire.

C'est qu'en effet, aux termes de l'article 815 du Code

(11) Planiol et Ripert. Tome VIII. *Les contrats de mariage*, par Nast.

(12) Voir Bourdot et Richebourg, art. 289. T. IV, page 559.

(13) Voir Bourdot et Richebourg, art. 304. T. IV, page 495.

(14) Ferrière (*Commentaires sur la Coutume de Paris*). Titre III, art. 225.

Civil : « nul n'est tenu de rester dans l'indivision », et il est toujours possible aux co-indivisaires de mettre fin à leur situation de fait en provoquant le partage.

Les époux ne peuvent, au contraire, provoquer le partage quand ils le veulent et comme ils le veulent et il vaut mieux dès lors conclure avec Colin et Capitant (15) en disant que la communauté est une institution juridique à caractère particulier (16) et s'analyse en une « indivision soumise à un régime différent de celui de l'indivision ordinaire ».

Cette idée apparaît encore plus lumineuse lorsque l'on aperçoit que les droits des époux peuvent ne pas se limiter à ceux du co-propriétaire ordinaire.

Il existe, en effet, dans la communauté deux sortes de biens communs : les uns possédant une individualité juridique particulière avec une valeur intrinsèque spéciale, tels les meubles meublants ou les immeubles; les autres interchangeables ou pouvant être remplacés par un bien d'égale valeur comme une somme d'argent.

Sur les premiers les époux ont un droit réel, — résultant de la consistance matérielle et propre de l'objet. — véritable droit de propriété commun qui les fait ressembler à deux co-propriétaires.

Sur les seconds s'établissent pour les époux un véritable droit de créance. Ceux-ci apparaissent, pour les sommes d'argent leur appartenant avant le mariage et tombées par la suite en communauté, comme de véri-

(15) Colin et Capitant : *Cours Elém. de Droit Civil Français.* T. III, n° 65, p. 66.

(16) M. Meynial dit : « Le caractère juridique de notre communauté est une trame très serrée destinée à protéger des tendances contraires, et où les éléments primordiaux s'entremêlent en un réseau qu'ont tissé, maille à maille, toutes les années de notre vie nationale selon les nécessités de l'heure présente. » *Revue trimestrielle,* 1903, p. 834.

tables prêteurs d'argent qui, au jour de l'échéance du prêt exigent de leur emprunteur le remboursement d'une valeur égale à leur créance ou plus exactement de la moitié de cette valeur puisque l'autre moitié ira au conjoint.

Les époux, s'ils peuvent être considérés comme co-propriétaires des biens communs, peuvent aussi être envisagés comme co-créanciers des sommes d'argent tombées en communauté (17).

Quoi qu'il en soit, il n'en reste pas moins qu'à cette communauté une fois constituée il faille un chef : c'est au mari qu'est alors dévolu ce rôle et si le mari n'est plus le propriétaire unique des biens communs, comme le prétendait Toullier, du moins apparait-il comme un administrateur du patrimoine dont il a la propriété indivise.

Une idée de confiance mutuelle entre les époux doit donc être à la base de la gestion du mari sur les biens communs. La femme se repose en toute loyauté sur lui tant que durera la communauté.

Comment ne le ferait-elle pas d'ailleurs puisque le jour de la dissolution de la communauté, elle pourra faire valoir tous ses droits ? Par le jeu des deux théories des récompenses et des reprises qui amènera une compensation entre le dû et l'avoir de la femme, celle-ci aura toujours l'occasion de rétablir l'intégralité de ses intérêts. Mais il est facile de saisir alors que cet arrêté de comptes ne puisse se faire que lorsque tous les inté-

(17) Cette distinction revêt un intérêt certain pour la femme victime d'une frande portant sur une somme d'argent. Elle peut, en ce cas, comme tout créancier ordinaire qui est l'objet d'une fraude de son débiteur, agir en vertu de l'art. 1167. (Voir *Infra* 1re partie, chap. III. *Sanction de la Fraude*, page 87).

rêts des époux seront définitivement détachés les uns des autres. Il faudra donc attendre la dissolution de la communauté.

C'est là l'opinion des auteurs qui proclament que, pendant la durée de la communauté, la femme n'est pas fondée à attaquer les actes frauduleux du mari (18). En effet, la recevabilité de son action dépend du parti qu'elle prendra à la dissolution de la communauté.

La femme peut — de par la loi — accepter ou renoncer à la communauté.

Tout d'abord la gestion du mari a-t-elle été trop malheureuse, la situation est-elle tellement obérée qu'aucun espoir ne soit plus permis à la femme de recueillir un brin d'actif, à la dissolution, elle se désintéressera de l'administration de son mari; elle renoncera à la communauté purement et simplement. Du fait de son option, la renonciation vient recouvrir le mari d'une sorte d'amnistie. La femme ne vise pas les gains que la communauté a pu faire. Elle doit ignorer aussi les pertes qu'elle a pu subir et n'a plus dès lors à poursuivre l'annulation des actes frauduleusement passés par le mari.

C'est ce que dit la Jurisprudence, notamment un arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 juillet 1872 (19) : « la femme qui a renoncé à la communauté ne peut plus soutenir que les actes de disposition ou d'obligation du mari ont été faits en fraude de ses droits puisque par l'effet de sa renonciation, elle est et elle a toujours été étrangère à la communauté ».

Il en résulte que seule la femme acceptante peut, à

(18) Guillouard, *Traité du Contrat de Mariage*. T. 2, n° 738. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, T. 1, n° 651. Planiol et Ripert, T. VIII, *Nast*. n° 549.

(19) Dalloz. 1873. 1-340.

la dissolution de la communauté, se prévaloir de la fraude maritale. La femme accepte tout : actif et passif, gains et pertes; elle subit alors obligatoirement les conséquences de toute fraude du mari. D'ailleurs si les conséquences sont désastreuses pour elle, elle songera immédiatement à rétablir ses droits. Si la communauté n'est pas dissoute par le divorce, elle a tout intérêt à faire connaître au plus tôt qu'elle accepte la communauté, bien que la loi lui accorde un délai de trois mois et 40 jours pour délibérer. C'est qu'en effet, si elle ne fait pas connaître d'avis, elle sera réputée acceptante d'office au bout de ce délai et elle peut craindre toutefois que son mari, spéculant sur une renonciation éventuelle, n'ait profité des derniers moments où il a été chef de la communauté pour se livrer à un pillage spécial des biens qui la composaient.

IV

I. — Des développements qui précèdent, il résulte que la fraude est intimement liée aux pouvoirs du mari. Le contrat ou la loi ayant établi la limite des droits du mari, ceux-ci en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne sauraient changer pendant toute la durée de la communauté. Il est alors facile en s'appuyant sur les pouvoirs conférés au mari de faire une première étude de la fraude durant cette époque. Celle-ci portera sur les divers actes juridiques accomplis par le mari pendant cette période et que le Code, dans les articles 1421 et suivants, peut permettre d'envisager sous deux chefs spéciaux : actes à titre gratuit et actes à titre onéreux.

II. — Mais la Communauté peut être dissoute : cas d'absence, séparation ou divorce.

Un certain laps de temps peut s'écouler avant que les objets qui la composent ne soient partagés entre les époux.

La fraude après la dissolution de la communauté ne revêt plus le même aspect. Les pouvoirs du mari à ce moment ont d'ailleurs changé, notamment durant une instance en séparation de corps ou en divorce, où précisément le Code, guidé par une idée de suspicion contre le mari, réduit le champ d'application de ses droits. De plus, dès la dissolution de la communauté, la femme a le pouvoir de faire dresser inventaire de tous les biens du patrimoine commun et, au partage, le mari devra fournir la totalité des objets qui y auront été mentionnés en nature ou en valeur.

Cette restriction apportée aux pouvoirs du mari permet à la femme de revendiquer un objet diverti par le mari et le Code connait ce genre plus particulier de fraude sous le nom de recel.

En se basant donc sur ce changement intervenu dans les pouvoirs du mari dès la dissolution de la communauté, — instant à partir duquel il est davantage surveillé dans sa gestion, — il est facile de faire une discrimination dans la fraude qu'il pourra commettre.

Et cet ouvrage, après avoir traité dans une première partie de la fraude pendant la communauté, étudiera ensuite la fraude du mari après la dissolution de la communauté en distinguant alors la fraude par recel ou divertissement de la fraude pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce.

PREMIÈRE PARTIE

De la fraude pendant la communauté

C'est plutôt la fraude au profit d'un tiers qui est analysée ici; l'auteur de cette fraude ne peut en bénéficier pour lui-même puisqu'à la liquidation de la communauté, le règlement de compte qui interviendra, rétablira l'équilibre momentanément rompu (1).

Il y a lieu d'étudier en quoi consiste exactement la fraude dont le mari se rend coupable durant la communauté. C'est à la femme qu'il appartiendra ensuite de requérir la sanction qui s'impose. Mais encore faudra-t-il, pour que cette sanction soit mise en mouvement, que l'existence de la fraude soit bien établie.

L'étude de la fraude durant la communauté pose donc trois problèmes qu'il y a lieu de résoudre tour à tour. Il y aura donc lieu de s'arrêter successivement à :

1° La notion de la fraude,

2° La question de la preuve de cette fraude,

3° Enfin la sanction qui rétablira les droits de la femme lésée.

(1) Voir supra, Introduction, pages 10 et suivantes.

CHAPITRE PREMIER

La notion de fraude pendant la communauté

Au cours de la communauté, le mari sera très souvent amené à avoir des rapports avec autrui. Il aura ainsi à passer des contrats de nature à modifier la consistance des biens communs dont il a la gestion.

Ces contrats lui permettront, le cas échéant, d'octroyer à son co-contractant — si ce dernier le favorise spécialement — une gratification qu'il pourra très bien prélever sur les biens communs.

Mais ces opérations — contrats à titre onéreux ou donations — ne seront-elles pas de nature à lui fournir des occasions propices à dissimuler son intention de s'enrichir au détriment de la communauté ?

Aux yeux de tout le monde, il pourra passer pour avoir effectué une vente ou une donation, actes juridiques parfaitement admis par le Code, alors qu'au fond il aura admirablement réussi, en acceptant un prix dérisoire ou en ne recevant aucune contrepartie, à diminuer ou supprimer la part qui appartient à la femme dans les biens vendus ou donnés.

On aperçoit tout de suite que la fraude maritale peut se rencontrer dans les actes à titre gratuit et dans les actes à titre onéreux.

La fraude sera-t-elle la même dans ces deux espèces de cas ?

Le Code a accordé au mari des pouvoirs différents en matière de contrats et en matière de dons, s'arrêtant spécialement à l'idée de contre-partie qui existe dans le premier cas à une obligation préexistante, alors que la donation ne suppose, au contraire, aucune gratification du bénéficiaire en retour de ce qu'il reçoit; et l'on sent immédiatement que la notion de fraude ne sera pas la même suivant que l'on se trouvera en présence d'actes à titre gratuit ou d'actes à titre onéreux.

Section I.

FRAUDE DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

Il faut entendre par actes à titre gratuit — aux termes de l'article 893 du Code Civil — les donations et les testaments.

En matière de donations, le mari, en tant que chef de la communauté, peut détourner au profit du donataire un bien sur lequel sa femme a un droit indivis : et le don ainsi consenti produit effet immédiatement en passant dans le patrimoine du bénéficiaire, quitte à la femme à l'en retirer plus tard en prouvant la fraude.

En matière de testaments, au contraire, la fraude ne produira effet qu'à la mort du mari testateur au profit exclusif de ses légataires.

Cette différence d'effet dans le temps permet de distinguer la fraude par donations et la fraude par legs.

Paragraphe I. — Fraude dans les donations

Les donations sont des actes extrêmement graves. Elles pourraient permettre, en effet, au donateur, pour satisfaire un simple caprice, de faire changer de mains à une fortune entière.

Aussi le Code a-t-il vu le danger et il a, toutes les fois qu'il s'est agi d'actes à titre gratuit, fixé une limite qu'il serait impossible de franchir sans que la donation ne puisse devenir nulle. C'est ainsi qu'en matière successorale il a établi une quotité disponible qui ne permet pas, par exemple, à un ascendant de déshériter complètement ses enfants. C'est cette même idée qui a guidé le législateur quand, dans l'article 1422, il a fixé, en matière de gestion de la communauté, une limite pour le mari donateur de biens communs, limite que ce dernier doit respecter.

S'il fait des donations au delà de la limite fixée, le Code présumera ces actes automatiquement frauduleux et point ne sera nécessaire d'examiner les circonstances dans lesquelles ils auront été accomplis.

L'Ancien Droit ne connaissait pas cette présomption de fraude dans les donations par dépassement de limites préalablement fixées. Les donations de biens communs étaient permises au mari à moins qu'elles ne fussent frauduleuses, tout comme les actes onéreux (1). Et on décidait qu'il y avait fraude toutes les fois qu'il s'agissait pour le mari de s'enrichir ou d'enrichir ses hoirs (2) aussi bien par dons que par ventes.

(1) *Coutume de Paris*, article 225. Le mari pouvait « en faire et disposer par donation ou autres dispositions entre vifs à son plaisir et volonté. »

(2) Cf. Pothier, Communauté, n° 481.

Cette idée de l'Ancien Droit d'une fraude viciant l'acte, sans aucune présomption, n'a été retenue par le Code, — en matière d'actes à titre gratuit —, qu'en ce qui concerne les donations passées en conformité avec les limites fixées par l'article 1422.

Pour étudier utilement la question de la fraude en matière d'actes à titre gratuit, il faut donc s'en tenir à cette division nouvelle et traiter successivement des actes qui, faits hors des limites fixées par le législateur, seront présumés automatiquement frauduleux et des donations passées en deçà des mêmes limites et qui deviendront annulables sur la base d'un principe différent : l'intention frauduleuse (3).

§ I. — Fraude automatique par dépassement des limites fixées par la loi : fraude par excès de pouvoir.

Le législateur est plus sévère en matière immobilière qu'en matière mobilière. Les immeubles étant le fond des fortunes, il y aurait un grand danger à ce qu'ils puissent en bloc circuler gratuitement. En matière de gestion des biens communs, le Code, toujours sous l'em-

(3) Cette division est également suivie par Monsieur Lenoan dans le tome X du Beudant et Lerebours-Pigeonnière (*Cours de Droit Civil Français*).

« ...La Jurisprudence contemporaine, continuant et développant un mouvement commencé par l'ancienne jurisprudence accentue les restrictions légales en poussant plus loin la répression de la fraude. Les restrictions légales constituent déjà elles-mêmes, en quelque sorte des présomptions irréfragables de fraude (Lebrun, Livre II, chapitre II, section I, n° 32 et suivants). Il est conforme à l'esprit général de notre droit de combattre toutes les manifestations de la fraude. Nous étudierons, en conséquence, successivement les limites légales et les limites apportées par la Jurisprudence aux pouvoirs du mari donateur de biens communs. » N° 473, III^e^ partie, tome II, chapitre II.

pire de cette idée, n'a pas établi les mêmes limites à la disposition à titre gratuit des immeubles et des meubles par le mari.

A. Fraude dans les donations d'immeubles.

C'est l'article 1422, paragraphe I, qui fixe la limite au delà de laquelle les donations d'immeubles seront présumées frauduleuses; cette limite ramène la possibilité d'effectuer de tels dons à la condition exclusive qu'ils soient faits en vue de l'établissement d'un enfant commun. Il importe donc de savoir d'abord ce qu'il faut entendre par l'expression « établissement d'enfant commun » et il sera facile ensuite d'en tirer, par corollaire, quelles donations d'immeubles resteront défendues au mari.

a) *Etude de la limite fixant les pouvoirs du mari en matière de dons d'immeubles : ce qu'est l'établissement d'un enfant commun.*

L'article 204 du Code Civil fait emploi du terme établissement en disant que « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». Est-ce dans ce sens qu'il faut entendre l'établissement tel que le vise l'article 1422, § I ? Mais alors comment interpréter le mot « autrement » ?

La Doctrine et la Jurisprudence ont aujourd'hui unifié la question en déclarant que par établissement il fallait entendre tout ce qui procure aux enfants une existence indépendante, un état dans le monde, un rang comme chef de ménage. C'est ainsi que le mari pourra

donner un immeuble à un enfant pour y créer un fonds de commerce ou en vue de l'achat d'un office (4).

Mais doit-on entendre par enfants communs les descendants au premier degré seuls ? La lettre de la loi présenterait alors le grave inconvénient de priver un petit-fils orphelin d'une donation venant de son grand-père. L'illogisme du Code apparait nettement si l'on prend l'exemple d'un donateur, père de deux enfants; celui-ci a, en effet, le droit de doter son fils vivant sans pouvoir gratifier en rien les enfants de son autre fils prédécédé.

Aussi a-t-on donné au mot enfant commun un sens plus large et qui s'allie mieux avec l'équité. Josserand (5) déclare qu'il faut y comprendre les « petits-enfants et que l'article 1422 vise tous les descendants ». « Le mot enfant commun, continue-t-il, veut dire issu du mariage actuel » ; il doit par conséquent viser les descendants des enfants nés du mariage actuel. C'est étendre l'article 1422 à tous les descendants au delà du premier degré.

Cette opinion de Josserand n'est d'ailleurs pas isolée. La grande majorité de la Doctrine s'y rattache (6).

(4) Requêtes, 10 février 1896. D. P. 96-1-559. — S. 1900-1-511. — Rennes, 4 juin 1930. Voir Recueil d'arrêts Cour d'Appel de Rennes. Année 1930, p. 376. — Josserand : *Cours de Droit Civil Positif Français*. T. III. n° 168. — Colin et H. Capitant, III, n° 170, 7e édition. *Cours élémentaire de Droit civil français*. — Beudant et Lerebours-Pigeonnière. *Cours de Droit civil français*. T. X, par M. Lenoan, n° 474. — Planiol et Ripert. — *Traité pratique de Droit civil français*. T. VIII, par Nast, n° 533, p. 598.

(5) *Cours de Droit positif français*. T. III, n° 168 et suivants.

(6) Dès le XIXe siècle : Rodière et Pont, *Traité du Contrat de mariage*, Tome 2, n° 882. — Plus récemment : Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*. T. VIII, page 509. Texte et note 7. — Baudry-Lacantinerie - Le Courtois et Surville, *Le Contrat de mariage*. Tome I, n° 667. — Planiol et Ripert. T. VIII, par Nast, n° 533, page 598 *loc. cit.* Colin et H. Capitant, n° 170, 7e édition. Tome III. *Loc. cit.*

Mais il importe que l'enfant doté soit né du mariage actuel; seront donc exclus les enfants nés d'un précédent mariage (7), à qui ne seront possibles que les donations de meubles dans les limites fixées par la loi (8).

b) *Etude des donations immobilières défendues au mari.*

On déduit aisément du principe de l'article 1422 que toutes les donations d'immeubles qui ne sont pas faites en vue de l'établissement d'un enfant commun sont prohibées.

Le cas le plus fréquent de fraude en cette matière consistera en un don d'immeubles communs par le mari à un enfant d'un premier lit en vue de son établissement.

La Jurisprudence a eu à connaître de ce fait et la Cour de Cassation, dans un arrêt du 14 août 1855, a été formelle à dénoncer cette fraude.

Mais souvent la donation d'immeubles à un enfant d'un précédent mariage revêtira des formes spéciales et justement en vue de tourner l'art. 1422, § 1. On trouve un exemple frappant de cette façon de faire du mari dans un arrêt de la Cour d'Angers du 23 août 1867 (10).

Un mari avait acheté un immeuble avec des deniers communs. Il en avait gardé l'usufruit en commun avec sa femme et donné la nue-propriété à des enfants d'un premier lit, après avoir récompensé la communauté de la valeur de cette nue-propriété. Les magistrats d'An-

(7) Josserand, *loc. cit.*
(8) *Infra*, pages 37 et suiv.
(9) D. P. 55-1-373 et S. 55-1-776.
(10) D. P. 70-2-19.

gers jugèrent que, en l'espèce, le don ne portait pas sur un immeuble commun, mais sur de l'argent qui avait été préalablement placé en immeuble. Se basant alors sur le principe que les donations de meubles ne sont pas interdites à des enfants d'un précédent mariage, ils avaient admis la validité d'une telle donation.

Cette décision est critiquable en ce sens qu'elle tourne manifestement l'article 1422.

En effet, au moment du mariage, il n'existe pas d'immeubles communs : chacun des époux garde en propre ceux qu'il a. Pour en acquérir durant la communauté, il faudra en acheter avec une somme d'argent commune. Par emploi, l'immeuble acquis sera commun. Cet immeuble ne sera pas considéré comme un placement en argent, ce sera un immeuble soumis à toute la législation des immeubles : la meilleure preuve en est qu'il pourra être saisi réellement par les créanciers hypothécaires communs. Il doit logiquement tomber sous la prohibition édictée par l'article 1422; sinon on ne comprend plus la raison d'être de cet article qui vise les immeubles de communauté, quand il est prouvé qu'il n'y a d'immeubles communs que par emploi.

D'ailleurs, précédemment, la Cour de Nancy avait eu, le 17 mai 1861 (11), à statuer sur le même cas et avait décidé que même la récompense au profit de la communauté ne permet pas au mari de donner un immeuble commun à un enfant issu d'un précédent mariage.

On a cependant prétendu que l'article 1469, en stipulant que chaque époux doit rapporter « les sommes qui ont été tirées de la communauté ou la valeur des biens

(11) Sirey, 61-2-473 et Dalloz, *Répert. pratique, suppl. contr. mar.*, n° 411.

que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit ou pour doter l'enfant commun », avait, par dérogation à l'article 1422, permis au mari de donner des immeubles aussi bien pour l'établissement de l'enfant du premier lit que pour l'établissement de l'enfant commun.

En réalité, il n'en est rien. Les articles 1469 et 1422 concilient entre elles deux dispositions : le droit de la femme commune se réduit à une simple récompense suivant l'article 1469, dans le cas de donation du mari à un enfant du premier lit au moyen de sommes ou de biens mobiliers dont la disposition lui est permise; mais s'il a enfreint la prohibition de l'article 1422, en donnant à l'enfant du premier lit un immeuble commun, la femme peut faire révoquer la donation, même si la communauté a eu récompense (12). C'est ce qu'expose tout au long l'arrêt de la Cour de Nancy.

Il faut donc conclure à un principe rigoureux. Du moment qu'il s'agit d'immeubles communs, le mari ne peut les donner que pour l'établissement d'un enfant commun et toute autre donation faite par le mari *seul* est automatiquement annulable pour la femme.

Mais rien ne fait obstacle à ce que, d'un commun

(12) Lebrun avait dès l'Ancien Droit la même opinion au sujet des dons d'immeubles communs consentis à des enfants d'un premier lit : « que si le mari donne de ses conquêts à ses enfants d'un précédent mariage ou à ses héritiers présomptifs en collatérale, en ce cas la donation est encore présumée faite en fraude du partage égal qui doit être fait de la communauté et par conséquent doit être rapportée dans le partage ; parce que régulièrement la dot de la fille d'un associé n'est pas à la charge de la société, mais de l'associé. Mais il faut pour cela que cette donation soit au profit ou d'un descendant ou d'un héritier immédiat ; et c'est en l'espèce d'un arrêt du 14 avril 1550, rapporté par M. René Chopin, sur la *Coutume de* Paris, livre 2, tome I. Nomb. 32 sur la fin ». — Lebrun, *Traité de la Communauté. — Droits du mari.* Chapitre II, section I.

accord et sauf récompense à la communauté, chacun pour moitié, les deux époux disposent de ces immeubles communs au profit de personnes autres que des enfants communs, ou, à plus forte raison, pour l'établissement de ceux-ci.

Si le principe de l'article 1422 est rigoureux à l'égard du mari, la Jurisprudence ne le considère pas comme d'ordre public, et l'acquiescement de la femme à une telle donation relève le mari de tout soupçon. C'est une application du vieil adage de l'Ancien Droit « Volens non fraudatur ».

La femme peut renoncer à l'article 1422, puisque cet article est établi dans son intérêt (13).

Aussi pour faire disparaître toute équivoque, le mari exigera le concours de la femme à la donation.

La Jurisprudence et la Doctrine sont unanimes à déclarer que ce concours de la femme à l'acte aura pour résultat d'empêcher la déclaration de nullité à cette donation (14).

Le même résultat était acquis avant la loi du 18 février 1938 quand c'était la femme autorisée de son mari qui accomplissait une donation hors des limites de l'article 1422.

La donation conjointe d'un immeuble commun par les deux époux sera-t-elle valable ?

On a voulu nier cette dernière possibilité de passer

(13) Paris, 23 novembre 1861. — D. P. 62-2-20.

(14) Sur le concours à l'acte dans les donations d'immeubles hors l'établissement des enfants communs, voir :

Cas. 5 février 1850. — S. 50-1-37. — D. 50-1-97 note Devilleneuve. — Cas. Req. 30 juillet 1867. — D. 68-1-209. — S. 68-1-36. — Caen, 26 janvier 1888. — D. 88-2-299. — S. 89-2-171. — Colin et Capitant, p. 145. Tome III. *Cours élémentaire de Droit civil français*, 7e édition. — Baudry-Lacantinerie. Tome III, n° 118. — *Le Contrat de mariage*, par Le Courtois et Surville.

des donations conjointement hors des limites du Code.

Deux opinions soutiennent cette théorie.

L'une fait remarquer que les deux époux ne peuvent pas faire ensemble ce qui leur est interdit séparément : on est en présence d'un mari qui ne peut pas disposer de sa propre part; la femme, de son côté, ne peut pas disposer non plus de la sienne, car l'efficacité de sa donation dépendrait de son acceptation de la communauté, donc d'une condition potestative au moment de la donation. Cette opinion conclut que, de deux donations nulles, on ne peut faire naître une donation valable et, par conséquent, n'admet pas la validité d'un don d'immeuble commun fait par les deux époux conjointement.

L'autre thèse prétend que le mari n'étant pas un incapable, ne peut en aucune manière être autorisé par sa femme à passer un acte juridique (15). Elle aboutit au même résultat pratique que la précédente.

La majorité des auteurs et la Jurisprudence se sont prononcées pour la validité des donations faites conjointement par les deux époux (16).

La solution inverse aurait, en effet, un grave inconvénient : frapper d'inaliénabilité à titre gratuit les immeubles de la communauté, chose que n'a pas voulue l'article 1422, qui a seulement limité les droits du mari agissant seul.

Du reste, les prohibitions de cet article sont établies dans l'intérêt de la femme et reposent sur une présomp-

(15) Théorie brillamment défendue par Marcadé. Art. 1422. Voir Jurisp. en ce sens. Bourges, 10 août 1840. S. 41-2-357. — Caen, 3 mars 1843. S. 44-2-388. — Douai, 29 août 1855. S. 55-2-739.

(16) C'était la théorie de l'Ancien Droit. Pothier « *nemo volens fraudatur* ». — Communauté n° 474. — Voir aussi Lebrun. Livre II, chapitre II, n° 23.

tion légale de fraude : l'intervention de la femme à la donation fait donc tomber cette présomption et témoigne que l'acte n'est pas contraire à ses propres intérêts (17).

B. — Fraude dans les donations de meubles.

Le Code permet de telles donations si elles sont faites à titre particulier et sans réserve d'usufruit de la part du mari (article 1422, § 2).

Que faut-il entendre par ces deux expressions du Code : « donations à titre particulier de meubles » et « réserve d'usufruit de la part du mari ? »

Il importe de les étudier tour à tour.

1) *Notion de « donation de meubles à titre particulier ».*

Doit-on admettre par là que le mari a la faculté de donner seulement un meuble bien déterminé et quelle qu'en soit la valeur ou bien que sans disposer toutefois de l'universalité de ses meubles il puisse en faire don d'une certaine quotité ?

La question de la donation universelle de tous ses meubles par le mari ne saurait, en effet, se poser devant la lettre même de l'article 1422 (18).

(17) En ce sens des dons permis par les deux époux réunis : Cass. 5 février 1850. S. 50-1-337. — D. 50-1-97. — Cass. 23 juillet 1869. — D. 70-1-5. Note Ch. Beudant. — Poitiers, 16 février 1885. S. 87-2-67. — Caen, 26 janvier 1888. S. 89-2-171. — Limoges, 29 novembre 1897. D. P. 1902-2-97. — Nancy, 14 mars 1903. D. P. 1903-2-331. — Aubry et Rau. P. 509, n° 14, 5e édition. Tome VIII. *loc. cit.* — Colin et Capitant. T. III, n° 172, *loc. cit.* Planiol et Ripert. — Tome VIII. *Traité pratique de Droit civil français*, par Nast, n° 554. — Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.* Tome X, n° 476. — Josserand. T. III, n° 169, page 92. *Loc. cit.*

(18) Cette raison n'est pas la seule. Voir *infra* pages 40 et suiv.

Mais sera-t-il possible au mari de faire une donation d'une partie de ses meubles ? C'est assez invraisemblable : un tel acte s'analyse, en effet, en un dessaisissement par le mari d'une partie trop considérable à la fois des biens communs, ce qui nuirait certainement à la communauté (19).

On en concluera que seule est permise au mari la donation d'un bien déterminé. Mais alors il lui sera facile de tourner le texte même de l'article 1422 et de trouver ainsi moyen de frauder sa femme.

En effet, le mari qui ne peut donner les immeubles communs (article 1422, § 1), pourra vendre ceux-ci, en retirer une bonne somme d'argent et ce en pleine conformité avec l'article 1421. Il donnera alors cette grosse somme d'argent et en une seule fois, à une personne qu'il désire gratifier et déclarera qu'il fait là un acte parfaitement licite puisque, conformément à l'article 1422, § 2, il ne consent là qu'une donation à titre particulier.

Le raisonnement est habile et les événements ont démontré qu'il a existé et qu'il est tenu même encore aujourd'hui. Aussi la Jurisprudence et la Doctrine se sont efforcées d'y apporter remède.

Deux opinions sont nées. L'une, soutenue surtout par d'éminents jurisconsultes du siècle dernier, prétendant que l'article 1422 est formel et ne saurait souffrir aucune interprétation. Il faudrait donc s'en tenir à la lettre du texte et du moment qu'il y a donation particulière, il ne saurait y avoir fraude. C'est, en somme, la consécration du raisonnement tenu par le mari pour qui la donation même excessive, du moment qu'elle est faite

(19) Cette raison n'est pas la seule. Voir *infra* pages 40 et suiv.

en une seule fois, ne saurait être frauduleuse. Toullier (20), Marcadé (21), Laurent (22), Aubry et Rau (23) ont attaché leurs noms à cette théorie dont Huc (24) a même reculé encore les limites. Pour ce dernier, en effet, non content de déclarer que la donation excessive ne saurait être frauduleuse, il faut, pour que la donation puisse tomber, que la fraude soit prouvée distinctement et en dehors du caractère prétendu excessif de la libéralité.

Une certaine jurisprudence s'est laissée tenter à cette interprétation simpliste de l'article 1422, § 2 et s'est fait l'écho de cette opinion de la Doctrine du XIX^e^ siècle. On trouve en ce sens notamment une décision du Tribunal Civil de Langres du 19 décembre 1878 (25) et un arrêt de la Cour de Dijon du 14 juillet 1879 (26).

Mais cette théorie se heurte à une objection sérieuse: l'article 1422, § 2 a surtout pour but d'empêcher toute fraude du mari en matière de dons de meubles. Une lecture trop stricte du texte permet de tomber précisément dans le piège qu'il a voulu faire éviter puisque le mari qui veut frauder aura la responsabilité de ramener son acte à une donation à titre particulier.

Dans ces conditions, subsiste pour la femme le danger d'une donation excessive consentie en conformité avec l'article 1422.

Une deuxième théorie, de nature à empêcher toute

(20) TOULLIER, *Droit Civil Français*. Tome XII, n° 311.

(21) MARCADÉ, *Eléments de Droit Civil Français* sur l'art. 1422, n° 4.

(22) LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Tome XXII, n°^s^ 18 et 43.

(23) AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, page 509, note 9. Tome VIII.

(24) HUC, *Commentaires du Code Civil*. Tome IX, n°^s^ 167 et suiv.

(25) Langres, 19 décembre 1878. D. P. 1880-2-215.

(26) Dijon, 14 juillet 1879. S. 79-2-26. D. 80-2-124.

fraude par le mari, a alors essayé de fixer les limites de la donation à titre particulier permise.

Cette théorie n'est d'ailleurs pas nouvelle. Elle était connue dans l'Ancien Droit. Pothier établissait la limite de la fraude aux actes de disposition pouvant enrichir le mari au détriment de la femme et il reconnaissait « que l'excès dans la donation fait présumer la fraude » (27). Lebrun allait même plus loin et non content de voir une présomption de fraude dans l'excès de la donation qualifiait de « frauduleuses toutes les donations excessives » (28).

Si le principe ainsi formulé apparait juste dès l'abord, il n'en reste pas moins que le problème est reculé et qu'il faudra établir ce que l'on entend par la donation excessive.

Cette notion est évidemment élastique et doit s'adapter aux divers cas. Il n'apparait pas, en effet, que la Jurisprudence puisse fixer un certain taux qui sera le même pour tous et au delà duquel la donation sera interprétée comme excessive.

Il faut tenir compte de la consistance des biens communs et de leur valeur et c'est sur la base de cet élément qui diffère avec les ménages que les tribunaux auront à l'occasion d'une donation mobilière du mari à déclarer l'acte excessif ou non.

Josserand résume d'ailleurs fort bien ce nouveau système en disant que l'article 1422, § 2, a entendu viser et proscrire les donations mobilières excessives, « c'est-à-dire hors de proportion avec l'importance de l'actif commun » (29).

(27) Pothier, *Traité de la Communauté*, nos 480-481.

(28) Lebrun. Livre II, chapitre II, section I, n° 33.

(29) Josserand, *loc. cit.* Tome III, n° 167. En ce sens aussi Planiol et Ripert, *loc. cit.* Tome VIII, n° 532, page 596. — Colin et H. Capitant. Tome III, n° 170, *loc. cit.*

On comprend alors beaucoup mieux la prohibition faite au mari de donner l'universalité ou même une quotité du mobilier commun (30). C'est que de telles donations sont dangereuses pour la femme, en raison justement de leur caractère excessif. Beudant y voit même la raison unique de la prohibition légale : « ce que la loi qualifie donation d'une quotité du mobilier, c'est vraisemblablement dans la pensée de ses rédacteurs, la donation d'une quantité imposante de meubles, donc de meubles d'une valeur très appréciable » (31).

La Jurisprudence a suivi le courant doctrinal et de nombreuses décisions ont été rendues qui tiennent compte précisément du caractère excessif ou non de la donation pour la déclarer frauduleuse ou valable. On relève cet attendu suggestif dès 1862 « attendu qu'en l'espèce, eu égard à l'état de fortune (du mari donateur) et de la part qui lui était attribuée dans la communauté, *la libéralité à titre particulier n'était pas excessive*... » (32). De nombreuses décisions postérieures n'ont fait que confirmer cette opinion qui, aujourd'hui, ne semble plus discutable : de même que le Code a interdit les donations globales à cause de leur caractère excessif, de même et pour le même motif, il n'est pas possible au mari de consentir un don particulier de meubles si celui-ci apparait comme trop important (33).

Mais si la donation excessive consentie en une seule fois est frauduleuse, le mari n'aura-t-il pas la

(30) *Supra*, page 37.

(31) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.* Tome X. *Le Contrat de mariage*, par M. Lenoan, n° 481.

(32) Ch. R., 18 mars 1862. S. 62-1-869.

(33) Rouen, 25 janvier 1860. S. 61-2-204. D. 61-2-86. — Toulouse, 22 juillet 1865. S. 66-1-869. — Bordeaux, 16 janvier 1878. S. 78-2-252. Agen, 11 février 1896. S. 1889-2-73. — Dijon, 11 mai 1903. G. P. 1903-2-487.

réssource, pour frustrer sa femme, de consentir une série de petites donations particulières qui arriveront à faire passer entre les mains de son donataire, la même somme qu'il se disposait à lui octroyer en un seul don massif ?

Un exemple numérique suffira à illustrer cette thèse. Voici un ménage dont l'actif commun s'élève à 200.000 francs. Le père de famille désire doter d'une somme de 100.000 francs un enfant naturel qu'il a eu avant son mariage. La valeur de la donation qu'il se propose d'établir représentant la moitié de l'actif commun, il est pris de doutes sur l'issue de son opération qu'il craint fort de voir mise à néant un jour pour donation excessive.

Il songe alors à pratiquer, en conformité avec l'article 1422 qui lui permet de consentir des dons mobiliers à titre particulier et de faible importance, une série de donations successives de 10.000 francs chacune, jusqu'au jour où il aura réussi à faire passer sur la tête de son donataire la totalité des 100.000 francs qu'il lui destinait.

Une telle solution sera-t-elle admise ?

L'idée d'actes répétés dans le temps appelle immédiatement celle de considérer la durée globale durant laquelle se sont produits ces actes. Il viendra alors immédiatement à l'esprit de s'arrêter à la période de temps qu'auront embrassée les donations successives dans leur intégralité.

Si la succession des dons fractionnés se fait en un intervalle de temps très court, par exemple que le mari aît attribué à son enfant naturel 10.000 francs tous les jours et pendant 10 jours, on arrive pratiquement au

même résultat que pour la donation globale de 100.000 francs consentie en un seul jour.

Au fond il sera arrivé qu'en un très court espace de temps la communauté se sera vue frustrer de la moitié de son capital.

Si le mari procède, au contraire, à des donations successives, mais suffisamment espacées, par exemple 10.000 francs tous les ans, il ne semble pas qu'il y ait là quoi que ce soit de répréhensible.

L'actif commun de 200.000 francs représente bien 10.000 francs de revenus annuels à 5 %. Le mari en pareil cas ne semble plus toucher au capital commun, il donne seulement les revenus ou leur valeur. En un mot, on ne voit plus alors en quoi la donation apparait frauduleuse pour excès. En effet, au bout de 10 ans, la communauté ne se sera pas appauvrie, bien que le mari ait réussi en même temps à octroyer à son donataire l'intégralité de la donation qu'il se proposait de lui faire.

Ces chiffres amènent à faire un rapprochement avec la théorie de Bonnecase sur les actes d'administration et les actes de disposition.

Ce jurisconsulte estime, en effet, que ce qui différencie avant tout les deux sortes d'actes, c'est que les premiers se réfèrent davantage à la mise en valeur d'un capital stable de base, compensé par une aliénation des revenus produits par ce dernier. Les actes de disposition ne peuvent au contraire se comprendre sans distinction, pour le propriétaire du capital, d'une partie ou de la totalité de sa composition (34).

(34) « ...L'idée de mise en valeur ne suffit pas à déterminer la portée positive de l'acte d'administration. Elle doit être complétée par l'idée d'aliénation qui en dérive inéluctablement, à la condition

Appliquant cette théorie au cas particulier que nous avons envisagé, il est aisé de remarquer que l'aliénation des revenus ajoutés les uns aux autres ne paraîtra pas frauduleuse, tandis que la donation consentie par soustraction trop brutale de la communauté d'une somme importante, sera annulée comme excessive et frauduleuse.

En définitive, toutes les fois que la donation faite par le mari semblera s'analyser en un acte de disposition en comprenant une partie trop énorme du capital commun il y aura lieu de douter de sa validité et la femme pourra toujours l'attaquer pour fraude. Au contraire, si le don ainsi consenti ne semble pas devoir dépasser les limites des revenus communs, on y verra un acte d'administration : celui-ci fait à titre particulier sera licite et en pleine conformité avec l'article 1422. Il sera maintenu et la femme ne pourra rien contre lui.

2) *Notion de « réserve d'usufruit au profit du mari »*.

Cette expression veut dire que le mari ne pourrait retenir pour lui-même un droit sur une partie du meuble qu'il donne. Il doit donner sans condition. M.

de l'appliquer simplement aux revenus produits par cette mise en valeur. Les auteurs sont obsédés par la difficulté de concilier la notion d'administration et celle d'aliénation. Cette difficulté est pourtant moins grande qu'elle ne paraît. C'est que l'acte d'aliénation n'est pas un acte juridique constituant par rapport à un patrimoine ou à un bien une catégorie juridique dotée d'une signification propre et unique. Il est une manifestation aussi bien de la portée de l'acte d'administration que de celle de l'acte de disposition mais, dans le premier cas, l'acte d'aliénation se limite aux produits de la mise en valeur, à l'élément revenu, tandis que dans le second il s'attaque à l'élément capital... ».

Bonnecase, *Précis de Droit Civil*. Tome premier. 1934. La capacité des Personnes physiques. Chapitre III. Section II, n° 327, page 321.

Lenoan s'exprime ainsi: « La loi a voulu que l'intérêt du mari fût la garantie de la communauté et par suite de la femme. Le mari se laissera plus facilement aller à donner la nue-propriété que la pleine propriété. Au premier cas, la libéralité nuirait seulement à la femme; au second, elle lui nuirait à lui-même en diminuant sa jouissance actuelle. On ne l'autorise donc à donner que si le motif est tel qu'il n'hésite pas à se sacrifier lui-même » (35). Mais rien n'empêche donc le mari de répartir sur deux donataires différents la nue-propriété et l'usufruit du meuble. Planiol admet comme valable une donation d'effets mobiliers faite par le mari si la nue-propriété est consentie à un donataire et l'usufruit à un autre((36). Baudry-Lacantinerie et collaborateurs admettent également ce principe (37).

On comprend très bien que le législateur, en refusant au mari le droit de se réserver personnellement l'usufruit ait voulu l'empêcher de se livrer à des libéralités qui n'auraient entraîné pour lui aucune privation. Mais qu'arrivera-t-il si le mari réserve l'usufruit au profit de la communauté ? La Doctrine et la Jurisprudence n'admettent même pas le procédé, parce qu'il aboutit à tourner l'article 1422, § 2. En effet, on est obligé de constater que, en donnant un meuble avec réserve d'usufruit à la communauté, le mari qui a droit à la moitié des communs, se réserve ainsi indirectement la moitié de cet usufruit, chose qui lui est expressément défendue par l'article 1422. On n'a donc pas à s'étonner

(35) Beudant et Lerebours-Pigeonnière. Tome X, n° 474, par M. Lenoan, *loc. cit.*

(36) Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil Français.* Tome III, n° 1023.

(37) Baudry-Lacantinerie-Le Courtois et Surville, *Le Contrat de mariage.* Tome I, n° 665.

de voir la Cour de Douai (38) rejeter ce principe en plein accord avec Baudry-Lacantinerie (39).

§ II. — Fraude par détournement de pouvoir. Théorie de l'intention frauduleuse en matière de donations.

Les limites fixées par l'article 1422 ne sont pas les seules qui puissent être données aux pouvoirs du mari en matière de dons (40). Celui-ci, même en respectant ces limites, peut être amené à agir en fraude des droits de sa femme (41).

La fraude se retrouve tout aussi bien dans les donations faites en conformité des limites fixées par la loi. Qu'a voulu, en effet, empêcher le Code avant tout ? Il a voulu spécialement interdire au mari de nuire à sa femme de quelque façon que ce soit. Or, les actes frauduleux ce sont « ceux par lesquels le mari a voulu en prévision de la dissolution de la communauté dépouiller la femme de partie de ses droits, que ceux-ci soient des actes à titre onéreux ou des donations » (42).

Pothier était déjà de cet avis lorsqu'il disait que les donations ne sont valables qu'autant « qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part de la femme dont les héritiers doivent avoir droit aux biens de la

(38) Douai, 28 décembre 1867. S. 68-2-13. D. 70-1-5.

(39) Baudry-Lacantinerie-Le Courtois et Surville, *loc. cit.* Tome I, n° 664.

(40) Voir Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de Droit Civil Français*. Tome X, par M. Lenoan, n° 479.

(41) On verra plus loin qu'en matière d'actes à titre onéreux il n'existe pas de limites à l'administration du mari et que la fraude existe cependant. Voir *infra*. Section II.

(42) Civ., 4 décembre 1929. D. P. 1931-1-81.

communauté lors de sa dissolution » (43) ce qui implique qu'elles peuvent devenir suspectes tout comme les actes à titre onéreux.

L'Ancien Droit allait même plus loin. Il présumait frauduleuses certaines donations et c'était surtout dans les circonstances qui entouraient les dispositions à titre gratuit que l'on recherchait l'intention frauduleuse qui les rendait suspectes.

Lebrun fait à ce sujet une longue énumération de donations qu'il estimait frauduleuses, énumération qui lui était dictée par les cas d'espèce dont eurent à connaître les Parlements (44).

Le Code Civil a, au contraire, fixé des limites aux donations d'immeubles et de meubles et il a ainsi divisé la possibilité d'une fraude en matière de dons en deux catégories : d'une part, il pourra y avoir la fraude par excès de pouvoir si le mari fait donation d'un bien hors des limites qui lui sont fixées (c'est ce qui a été vu précédemment) mais d'autre part il pourra aussi être commis une fraude par détournement de pouvoir si le mari

(43) Pothier, *Traité de la Communauté*, rapporté par Beudant, note 1, n° 479, page 465. Tome X.

(44) Lebrun, *Traité de la Communauté, Droit du mari*. Chapitre II. Section I. — « Quelquefois aussi on juge les donations et d'autres actes frauduleux à raison du temps auquel ils ont été faits ; comme si le mari a donné ou a vendu la veille de sa mort : La Thaumassière en ses décisions (Livre I, chapitre 13) de même que s'il a donné des conquêts la veille du décès de sa femme... Les donations faites aux concubines étaient permises en droit ; et il n'y avait que les soldats à qui il était défendu de donner à certaines femmes qui suivaient les armées et qui s'appelaient *focariæ* parce qu'elles tenoient à pot et à feu. Cette prohibition était pour empêcher que ceux qui devoient donner toute leur application aux armes n'en fussent pas détournés par l'appât de la volupté qui énerve le bras et amollit le cœur. Mais les donations faites au profit de celles avec qui on vivoit en adultère et dans l'inceste, ou au profit des enfants venus dans ces conjonctions étoient prohibées. »

se cantonne dans les limites légales fixées, et qu'une intention frustratoire a présidé à sa donation.

Ce qui permettra de déceler la fraude par détournement de pouvoir sera justement la juxtaposition de l'intention frauduleuse à l'appauvrissement de la masse commune venant de la donation maritale (45).

On sera immédiatement mis en éveil lorsqu'il apparaîtra que la fortune commune aura diminué. De là, si l'on ne trouve aucun motif plausible à cet appauvrissement il n'y aura qu'un pas à franchir pour soupçonner le mari qui seul administre la communauté. L'examen des circonstances de la donation, viendra alors tout éclairer et suffira par la suite, tout comme au temps de Lebrun à faire découvrir l'intention qui aura été celle du mari.

D'ailleurs la Doctrine (46) est unanime à déclarer que l'intention frauduleuse du mari sera déterminée par le faisceau de présomptions qui entourent les circonstances de l'acte lui-même. Josserand va même plus loin et prétend que « l'intention frauduleuse sera déterminée par toute idée du mari de porter atteinte aux droits de la femme dans la communauté » (47).

Il a dès lors été facile pour la Jurisprudence de rendre de nombreuses décisions en fonction de ces idées. La théorie de l'intention frauduleuse n'étant pas spéciale aux donations, on retrouvera lors de l'étude de la fraude en matière d'actes à titre onéreux des arrêts qui consacrent tout au long cette thèse. Ils ne peuvent être mentionnés ici que pour mémoire, les

(45) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Contrat de mariage*, par M. Lenoan. T. X, n° 482.

(46) Planiol et Ripert, *loc. cit.* Tome VIII, n° 547, note 1, p. 613. — Colin et Capitant, *loc. cit.* Tome III, n° 171.

(47) Josserand. Tome III, n° 162, *loc. cit.*

actes à titre onéreux qu'ils laissent voir ne s'analysant très souvent qu'en des actes à titre gratuit dissimulés (48).

Il y a lieu cependant de s'arrêter plus spécialement à un arrêt, rapporté par Depierrois (49), tiré de la Jurisprudence Belge et qui est la consécration de la théorie de l'intention frauduleuse en matière de donations.

Un sieur Joseph W..., dont la fortune était relativement importante, s'était marié sous le régime de la communauté d'acquêts avec une dame G..., dont l'apport était presque nul. Aucun enfant n'était né de cette union et, du fait du contrat, les bénéfices de la communauté devaient, à la dissolution de celle-ci, malgré l'inégalité des apports respectifs des conjoints, se partager conformément à la loi et à défaut des dispositions contraires dans le contrat, également entre l'un des époux et les héritiers de l'autre. La femme étant venue à tomber gravement malade, le mari envisageant un veuvage prochain, et par conséquent un partage de la communauté entre les héritiers de sa femme et lui sur les bases légales, estima qu'il y aurait là injustice à son égard et pour y remédier procéda à quinze jours d'intervalle, à deux donations mobilières en faveur de ses héritiers : la première d'un certain nombre de titres au porteur; la seconde d'une somme de 40.000 francs en titres et deniers, soit au total environ 120.000 francs dépendant de la commmunauté.

Quelques semaines plus tard, la femme mourait. Réclamation des héritiers de cette dernière au sieur W...

(48) Voir *infra*. Page 61. — Colmar, 27 février 1857. — Bordeaux. 7 février 1878.

Voir aussi Paris, 12 fév. 1903. D. 04-2-353.

(49) Voir *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 30 nov. 1935, pp. 1-319.

qui se borna à déclarer avoir disposé, au cours de la communauté, des effets litigieux par des actes faits en conformité avec la loi.

La Cour de Liège saisie du procès, sentit bien qu'il y avait là intention mauvaise de la part du mari. Mais il lui manquait une base pour arriver à faire tomber les donations. Elle songea bien à l'article 1422 mais celui-ci se révéla inapplicable, car les dons faits étaient des dons de meubles consentis à titre particulier donc en plein accord avec cet article. En désespoir de cause, la Cour basa son arrêt le 22 juillet 1908 sur l'art. 1395 du Code Civil : cet article décide que l'immutabilité des conventions matrimoniales est d'ordre public et qu'en conséquence le mari qui dispose des biens communs en vue d'éluder son contrat de mariage qui avait prévu le partage égal de la communauté, va à l'encontre de ce principe. En l'occurrence, elle déclara nulles les deux donations sur cette base (50).

Le mari W... entama un pourvoi en cassation. La Cour de Cassation belge trouva le fondement de l'art. 1395 très douteux et le 11 novembre 1909 rejeta cependant le pourvoi motif pris que la fraude était certaine et devait par conséquent être punie (51).

Instinctivement la Cour de cassation belge adoptait par ce rejet du pourvoi, la théorie de l'intention frauduleuse qui était déjà connue en France à cette époque. Aujourd'hui, il n'y a plus de discussion possible à ce

(50) Pasicrisie Belge, 1909-2-354.

(51) Pasicrisie Belge, 1909-1-435.

« Attendu que nul ne peut, par la fraude, se soustraire à l'application des lois ; que cette règle de morale et de raison s'impose même en l'absence des textes ;

« Attendu que le Code Civil a restreint le pouvoir de disposition reconnu par la Coutume de Paris au mari sur les biens de la communauté ; que cette restriction même implique le maintien de l'interdiction des libéralités faites en fraude de la loi..., etc.... »

sujet et toutes les fois que les circonstances particulières de la donation sembleront suspectes, on admettra une fraude du mari par intention frauduleuse (52).

Paragraphe II. — Fraude dans les legs

Les legs se différencient des donations notamment par le fait qu'ils ne produisent effet qu'à la mort du testateur.

En matière de dons, le mari, seigneur et maître de la communauté, a le droit de faire des donations sur les biens communs dans les limites de l'article 1422 (établissement d'enfant commun pour les immeubles; absence d'usufruit et obligation de don particulier pour les meubles).

En matière de legs, la femme voit, lors du décès de son mari, se concrétiser son droit à la moitié des biens communs; ainsi le mari ne peut de son vivant, disposer en faveur de ses héritiers que de l'autre moitié de la communauté (53).

(52) Voir à ce sujet notamment note Hubert, *Sirey*, 1931-1-361.

(53) *Idée du Code reprise de l'Ancien Droit.* — Voir aussi Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil.* Tome III, n° 1033.

Pothier en ce sens, *Traité de la Communauté*, n° 475. — « ...Les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, le mari ne peut disposer par testament que du droit qu'il se trouve avoir, lors de sa mort, etc... » — Voir Guillouard, page 189, *Traité du Contrat de mariage.*

Lebrun, *Traité de la Communauté.* Chapitre II. Section I, p. 202. « Et dans nos coutumes qui permettent au mari de donner, l'exception qu'elles ajoutent en ces termes : « Pourvu que ce soit sans fraude », dit beaucoup : car elle signifie ainsi que l'explique Me Ch. Dumoulin en son apostille sur l'article 107 de l'Ancienne Coutume de Paris » sans s'enrichir, ou ses hoirs, en diminution de la Communauté. « On peut déjà inférer que le mari ne peut pas disposer par testament de la part des conquests qui appartient à sa femme, dont le droit n'est à la vérité durant le mariage qu'un droit habituel ; mais il devient actuel, comme dit Dumoulin, après la dissolution de la communauté. Aussi quand on laisse à quelqu'un l'administration

La fraude, pour lui, consiste donc à disposer par testament de plus de la moitié des biens communs. C'est ce que déclare implicitement l'article 1423 : « Le mari ne peut disposer par testament au delà de sa part dans la communauté » (54).

Mais ne sera-t-il pas possible à la femme, lors de la liquidation de la communauté, de trouver un moyen pour faire annuler un legs même portant sur moins de la moitié des biens communs ? Ne pourra-t-elle pas, par exemple, arguer de l'article 1021 qui interdit le legs sur la chose d'autrui ou de l'intention frauduleuse qui a poussé le mari à établir un tel legs ?

I. — *La femme peut-elle faire annuler un legs fait par son mari en s'appuyant sur l'article* 1021 *du Code ?*

Cet article déclare nul le legs de la chose d'autrui, soit que le testateur ait connu ou non que cette chose ne lui appartenait pas.

La communauté existe au moment où le mari fait son testament. Or, les biens de communauté forment un patrimoine spécial dont le mari est l'administrateur, mais non le propriétaire intégral. Le mari qui fait un legs sur ces biens dispose donc de biens qui ne lui appartiennent pas et se heurte ainsi à la prohibition de l'article 1021.

de quelque chose, avec faculté d'en disposer par donation, les dispositions à cause de mort n'en sont pas : peut-être parce que le mari ne peut donc disposer que de sa part par testament. »

(54) Le mari peut disposer par testament de l'intégralité de la communauté ; il ne saurait cependant être taxé de fraude si la femme a renoncé à la communauté. Il a été vu, en effet (Introduction, page 22) que la fraude du mari ne peut se concevoir qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme. La femme renonçante se désintéresse de la gestion heureuse ou malheureuse du mari.

La femme pourra-t-elle, en ce cas, faire tomber le legs ? Si l'on admet la théorie de Toullier (55), du mari propriétaire exclusif des communs, il sera impossible à la femme de faire prononcer l'annulation du legs, puisque le mari aura effectué un legs de sa propre chose.

Mais on sait que cette théorie n'est pas admise et on a résolu la question de la façon suivante.

On reconnait que la situation de celui qui lègue la chose d'autrui ne ressemble en rien à celle du mari qui fait un legs de biens communs.

En effet, le premier n'a, au moment du legs, aucun droit effectif sur la chose léguée; le mari, au contraire, qui a sur les biens communs un droit indivis avec sa femme, devient propriétaire de la moitié de ces biens à la dissolution. Si l'on tient donc compte de l'effet déclaratif du partage (article 883) qui peut lui faire attribuer l'objet du legs, ou bien de certaines autres circonstances — comme la renonciation de la femme à la communauté qui lui donnera un droit sur la totalité de celle-ci — on est obligé de conclure que le mari peut, au moment de la passation du legrs, se croire assez qualifié pour léguer un bien commun et que la femme ne peut actionner les héritiers du mari en annulation du legs ainsi consenti (56).

C'est bien là la solution de la Jurisprudence et des Auteurs. Dès le XIX^e^ siècle déjà, de nombreux juristes tranchaient en faveur de cette solution, notamment

(55) Voir supra. Introduction, page 18, note 9.

(56) L'article 1423 n'est pas applicable au cas où le mari après la dissolution de la communauté, mais avant le partage, a légué un bien de communauté : ce legs est régi par l'article 1021 et si l'objet légué tombe seulement pour partie au lot du testateur, le légataire ne peut réclamer des héritiers du mari une récompense pour la portion du bien légué qui leur est échue. Paris, 6 mai 1861. D. P. 62-2-161.

Troplong, Duranton, Massé et Marcadé (57) et la Doctrine plus moderne a continué en ce sens (58).

(57) Troplong, *Donations entre vifs et testaments.* Tome III, n° 1950. « Le legs de la chose d'autrui est nul. On trouve une modification à cette règle dans l'article 1423 qui fait valoir pour le tout le legs d'un effet de communauté fait par le mari. Bien que ce dernier n'ait qu'une moitié dans la communauté et dans tous les objets qui la composent, la loi veut cependant que la disposition qu'il a faite d'un de ces objets en faveur d'un légataire subsiste pour le tout. Nous avons donné ailleurs (*Commentaires sur le Contrat de mariage,* n°s 909 et suivants), l'explication de ce point de droit qui n'est qu'une dérogation au droit commun. Le mari, bien que partiaire de la communauté en est cependant, en différents points, seigneur et maître. On ne peut donc pas dire absolument qu'il a disposé de la chose d'autrui ; il a pu supposer d'ailleurs que la femme renoncerait à la communauté : ou il a espéré que le lot au partage tomberait en totalité dans son lot. » — Duranton, tome IX, n° 247. — Massé et Vergé sur Zachariæ IV, page 92. — Marcadé et Pont, tome II, n°s 892 et suivants.

(58) Planiol et Ripert. Tome III, n° 1043. — Baudry-Lacantinerie-Le Courtois et Surville, *loc. cit.* Tome I, n° 677. — Josserand, *loc. cit.*, tome III, n° 171, page 93. — Colin et H. Capitant, 7e édition. Tome III, n° 109, page 141. *Loc. cit.* — Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de Droit Civil Français.* Tome X. Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux avec la collaboration de M. Lenoan, n° 471, page 540. « Il se peut d'un autre côté, que le mari ait donné ou légué non plus sa part dans la communauté, mais un corps certain, meuble ou immeuble, peu importe. Ce n'est pas précisément le legs de la chose d'autrui, c'est le legs d'une chose indivise entre le disposant et son conjoint. Le legs sera-t-il valable, sera-t-il efficace ? C'est le cas que prévoit l'article 1423 § 2°. — L'effet du legs dépend de ce qu'il adviendra plus tard. Si la femme renonce, le legs sera certainement valable (art. 1492). Le mari aura toujours été seul propriétaire, donc rien ne s'opposera à l'exécution du legs. Mais que décider si la femme accepte ? D'après le Droit commun le legs vaudra ou non, selon l'effet déclaratif du partage. L'objet légué tombe-t-il au lot du mari ? Le legs sera valable, car, étant donné le caractère déclaratif du partage, le mari est réputé avoir toujours été propriétaire et seul propriétaire de l'objet légué. Cet objet tombe-t-il au lot de la femme ? Le legs sera nul (art. 883, 1021), car le mari se trouvera alors avoir légué le bien de la femme. Mais le droit commun ne s'applique pas complètement en ce cas : l'art. 1423-2° y déroge en un point : il décide que le legs est toujours valable, que le bien légué tombe, au lot du mari ou au lot de la femme, mais qu'il sera, selon le cas, exécuté différemment : si l'objet tombe au lot du mari, on exécutera le legs en nature. C'est tout naturel, c'est le droit commun. Si l'objet tombe au lot de la

Si l'objet du legs est mis, au contraire, dans le lot de la femme acceptante, celle-ci peut garder le bien, mais alors le légataire est désintéressé en argent prélevé sur la part du mari (art. 1423 *in fine*) (59).

II. — *La femme peut-elle faire annuler un legs fait par son mari en vue de l'intention frauduleuse ?*

En matière de testament, la fraude du mari est une fraude par excès. Il ne peut léguer, d'après l'article 1423 plus de la moitié des biens communs. Si donc le mari fait un legs dans les limites qui lui sont permises (moins de la moitié des communs), la femme peut-elle envisager une fraude par existence d'une intention mauvaise à son égard comme dans les donations ?

Il ne le semble pas. Il suffit de rappeler que la donation se réalise immédiatement tandis que le testament ne produit effet qu'à la mort du mari.

Or, ce qui guidera le mari lors de son legs ne pourra pas être une intention de frauder sa femme, puisque, a priori, il ne dépasse pas la moitié des biens communs et qu'il ne connait pas non plus les résultats du partage à venir.

L'intention frauduleuse (60) ne serait concevable que si le mari pouvait, d'une façon ou d'une autre, enlever à tout prix à sa femme un objet auquel celle-ci tient

femme, on exécutera néanmoins le legs, mais par équivalent, les héritiers du mari l'acquitteront sur la part de ce dernier (art. 1423-2°) ». *Jurisprudence :* Paris, 6 mai 1861. S. 61-11-322. — D. 62-2-161. — Besançon, 16 mai 1906. S. 07-2-29, note Wahl.

(59) La femme acceptante aurait pu craindre une fraude venant des héritiers du mari et tendant à lui faire supporter le legs en faisant tomber le bien légué dans son lot. L'article 1423 est venu alors la protéger utilement.

(60) Cf. supra. Introduction, page 16.

spécialement. Or, la femme, au moment du partage, a toutes les facilités pour déjouer cette intention : elle fera tomber dans son propre lot l'objet du legs, à charge par le mari de désintéresser le légataire en valeur.

SECTION II

FRAUDE DANS LES ACTES A TITRE ONÉREUX

L'article 1421, § 2, qui énonce les droits du mari en matière d'actes à titre onéreux, dispose que ce dernier peut vendre les biens de communauté, les aliéner et les hypothéquer sans le concours de sa femme (61).

Il semble, à première vue, que les pouvoirs du mari en cette matière soient illimités.

Mais si le Code ne prévoit pas expressément la possibilité d'une fraude dans les actes à titre onéreux, celle-ci n'en existe pas moins cependant.

Les auteurs ont eu soin de le rappeler. Dès l'Ancien Droit, Pothier y faisait allusion : « Ces dispositions (faites par le mari) ne sont valables, dit-il, qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part que la femme et les héritiers de la femme ont droit d'y avoir lors de la dissolution de la communauté: il ne peut surtout s'en avantager, ni ses héritiers, au préjudice de cette part » (62).

Depuis le Code, la Doctrine est unanime à la reconnaître (63). Guillouard explique même la carence du

(61) Voir cette question dans Pothier. Elle est traitée longuement, nos 476 à 479. *Traité de la Communauté.*

(62) *Traité de la Communauté,* n° 467.

(63) Cf. Rodière et Pont. Tome II, nos 875 et suivants. — Aubry et Rau. Tome V, paragraphe 509, n° 4, page 326. — Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français.* Tome IX, par Nast.

Code : « Aucun texte du Code ne consacre formellement cette prohibition, mais cela était inutile : c'est un principe général que la fraude fait exception à toutes les règles, et il n'était pas nécessaire de dire que le mari ne pourra aliéner la communauté en fraude des droits de sa femme, pas plus qu'il n'est nécessaire de le dire pour les actes de l'associé vis-à-vis de son associé, du mandataire vis-à-vis de son mandant, etc... » (64).

La Jurisprudence souligne aussi la fraude maritale dans les actes à titre onéreux dans de nombreux arrêts (65).

Mais en quoi consiste cette fraude maritale ? Le Code n'a pas établi de limites au delà desquelles l'acte à titre onéreux sera présumé frauduleux.

Pour découvrir la fraude, il faudra donc recourir à l'analyse de l'acte lui-même et de ses circonstances.

Toutefois le mari a un moyen d'annihiler la suspicion qui plane, à raison des circonstances, sur les actes qu'il passe : ce moyen est le concours de la femme à l'établissement de l'acte.

Il est donc nécessaire d'étudier :

a) la théorie de l'intention frauduleuse dans les actes à titre onéreux (66).

b) le concours de la femme à l'acte.

« Les contrats de mariage », n° 851. — Josserand, *loc. cit.* Tome III, page 241. — Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.* T. X, par M. Lenoan, p. 448.

(64) Guillouard, *Traité du Contrat de mariage.* Tome II, n° 734.

(65) Cassation, 11 novembre 1895. D. P. 96-1-44. — Colmar, 25 février 1857. D. P. 57-2-88. — Bordeaux, 7 février 1878. D. P. 79-2-124.

(66) M. Lenoan (Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.* T. X) préfère étudier la théorie de l'intention frauduleuse en elle-même et s'appliquant à la fois aux actes à titre gratuit : « Mais les difficultés visant tant la notion de fraude, en elle-même, que les conséquences et la sanction, étant les mêmes pour les actes à titre onéreux

Paragraphe I. — Intention frauduleuse du mari, fondement de la fraude dans les actes à titre onéreux

L'intention frauduleuse, élément psychologique, n'est pas spéciale aux actes à titre onéreux. Elle peut exister dans les actes à titre gratuit (67), même lorsque ceux-ci sont faits en conformité avec les limites fixées par le Code.

De même que l'on trouve des donations à concubines ou à enfants naturels, frauduleuses en vertu du mobile affectif, de même on trouve des ventes à concubines et à enfants naturels, frauduleuses en raison du même mobile (68).

Mais il intervient dans les actes à titre onéreux un élément que l'on ne rencontre pas dans les actes à titre gratuit : c'est la contre-partie.

Dans les donations, on cède bien quelque chose, mais on ne reçoit rien en retour. Dans les actes à titre onéreux, au contraire, le co-contractant bénéficiaire doit dédommager le cédant. Ces derniers actes sont donc vus par le Code avec plus de faveur que les dons et s'il interdit les donations à raison du mobile affection (in-

et pour les actes à titre gratuit, nous les examinerons à propos des libéralités... » (Beudant. Tome X, page 449, n° 469 in fine).

Le plan suivi ici, qui distingue l'étude de l'intention frauduleuse et de la fraude dans les actes à titre onéreux et les donations, nous a été dicté par deux notes au *Répertoire pratique Sirey*, de M. Frédéric Hubert (l'une, S. 31-1-361 visant la fraude et les actes à titre gratuit, l'autre S. 32-1-97 pour la fraude des contrats) qui, bien que reconnaissant une certaine affinité entre les deux idées, propose de les séparer cependant dans un but d'exposition plus facile du sujet.

En fait, il arrive souvent que le même cas touche aux deux notions et tel acte à titre onéreux suspecté de fraude s'analyse très souvent en un acte à titre gratuit dissimulé (Voir *infra* page 62, fraude à l'acte).

(67) Cf. *supra* § 2. Paragraphe I. Section I. Chap. I.

(68) Voir aussi l'ouvrage de Josserand, « *Les mobiles dans les actes juridiques* ».

(69) Voir *supra*, page 3. Introduction.

terdiction de certains dons à concubines ou à enfants naturels), il n'interdit pas nécessairement les ventes à ces mêmes personnes à raison du même mobile.

D'où l'élément affection ne saurait être présumé comme base suffisante à une fraude dans une vente normale avec juste contre-partie.

C'est l'intention frauduleuse, élément intérieur et subjectif laissé à l'interprétation de la Jurisprudence qui permettra de juger quand le mari agit en fraude de sa femme.

La Jurisprudence à ce sujet s'est montrée extrêmement élastique et elle s'appuie sur les circonstances qui entourent et accompagnent l'acte pour déceler s'il y a eu fraude et si, par conséquent, l'acte est annulable.

On connait, au sujet de la fraude, l'opinion des deux juristes du XVIII[e] siècle : celle de Pothier et celle de Lebrun (69).

Pour Pothier, la fraude consiste dans tout acte fait au détriment de la femme. C'est donc seul le résultat de l'acte qui est jugé.

Pour Lebrun, au contraire, c'est la théorie de la fraude circonstancielle qui compte. Ce sont les circonstances accompagnant l'acte qui régissent la fraude.

En fait, la Jurisprudence consacre ces deux théories dès lors que les actes frauduleux révèlent une intention perverse du mari, et, pour déceler cette intention, elle s'appuie tantôt sur le résultat de l'acte, tantôt sur les circonstances mêmes de l'acte.

Il convient donc d'examiner l'intention frauduleuse sous ces deux chefs.

(69) Voir *supra*. Introduction, page 9.

§ I. — Fraude a raison des circonstances. Consécration de la théorie de Lebrun (70).

C'est la fraude que l'on rencontre le plus souvent. Mais il n'est pas possible d'étudier ici toutes les circonstances qui peuvent lui donner naissance.

La Jurisprudence retiendra parfois la proximité de la mort d'un époux et la Chambre des Requêtes, dès le 21 brumaire an 13, considérait comme frauduleuse à l'encontre de la femme la vente d'un conquêt faite par le mari pendant la maladie dont est morte son épouse (71). Elle pourra s'arrêter aussi au fait que l'aliénation profite au mari par exemple par une clause de réserve d'usufruit en sa faveur (72).

Mais deux cas spéciaux seront surtout intéressants à noter : ce sont la fraude sur le prix et la fraude effectuée par l'accomplissement d'un acte juridique déguisé.

a) Fraude sur le prix.

Il y a fraude sur le prix lorsque le mari, intentionnellement, se débarrasse d'un bien commun à un prix inférieur à sa valeur intrinsèque, faisant ainsi supporter à sa femme une perte équivalente à la moitié de la différence entre le prix de vente et la valeur réelle.

(70) Lebrun (Livre II, chapitre 2, section 1, n°s 32 et suivants).

(71) La Jurisprudence récente a eu à connaître un cas de fraude d'un acte à titre onéreux, passé durant sa dernière maladie par le mari. La Chambre des Requêtes, en effet, dans un arrêt du 27 janvier 1930, D. H. 1930, p. 113 a déclaré spécialement nul et sans effet à l'égard de la femme le bail consenti par le mari seul, *peu de temps avant sa mort* et dans des circonstances suspectes au profit de l'acquéreur d'un immeuble commun, sur lequel les époux s'étaient réservés pour partie des droits d'habitation et d'usufruit. (Voir cet arrêt aussi p. 61, note 76, où il est intéressant non plus à raison des circonstances où l'acte fut passé, mais pour vileté du prix).

(72) Cassation, Civ., 23 janvier 1928. D. P. 1928-1-86.

Pour la prouver, il y a lieu de rechercher une intention mauvaise du mari. En effet, pour qu'il y ait fraude sur le prix, il faut de la part de celui-là une connaissance exacte de la valeur de l'immeuble qu'il cède et qu'il cède précisément pour un prix inférieur à cette valeur (73).

La Cour de Colmar a, le 25 février 1857 (74) déclaré frauduleuse une vente faite à vil prix par le mari alors même que cette vente n'aurait pu être annulée pour cause de lésion de plus des 7/12.

De même est frauduleuse l'aliénation de tous les immeubles communs consentie par le mari à l'un de ses proches parents moyennant une rente viagère constituée sur sa tête à un taux hors de proportion — et qui doit être de plus des 7/12 — avec la valeur des biens et alors que la femme était atteinte de maladie mortelle (75).

Une aliénation consentie en vue du détournement du prix de vente sera encore réputée frauduleuse pour la femme (76).

Mais il faut bien se garder de voir une fraude sur le prix dans les opérations malheureuses du mari, par

(73) Cette fraude ne doit pas se confondre avec la lésion qui, dans les ventes, est une ignorance de la valeur de l'immeuble pour 7/12 et dont la sanction consiste également en la nullité de l'acte accompli.

(74) D. P. 57-2-88.

(75) Douai, 22 mai 1838. — Paris, 21 juillet 1871. S. 72-2-301. — Bordeaux, 7 février 1878. D. P. 79-2-124.

(76) Civ., 8 juillet 1912. D. P. 1913-1-409. Note Guénée. S. 1913-1-308. — La Jurisprudence admet aussi ce genre de fraude par vil prix dans le louage : « ...Est à bon droit déclarée nulle à l'égard de la femme la location à un tiers par le mari pour neuf ans et à un *prix dérisoire*, sans la participation de sa femme, d'un immeuble de la communauté vendu précédemment par les époux à ce tiers sous réserve du droit d'habitation et d'usufruit à leur profit personnel. » — Cassation. Req. 27 janvier 1930. G. P. 1930-1-568. Sirey, 1932-1-97.

exemple, les pertes qu'il peut faire dans les diverses spéculations en bourse.

Le mari qui achète en bourse des titres pour 100.000 francs et qui les revend 80.000 fr. ne commet aucune fraude sur les communs : il a cependant fait une mauvaise opération, mais sans arrière-pensée de frustrer sa femme qui, en l'occurrence, perd comme lui.

b) *Fraude à l'acte.*

Le mot acte juridique a deux sens bien distincts. Il désigne d'abord toute opération ou action (du latin *agere*, agir) établissant entre deux personnes un rapport de droit. C'est à ce sens que l'on se refère quand on dit qu'une vente ou qu'une donation est un acte juridique. Mais ce mot vise aussi le moyen de preuve de l'acte ainsi réalisé : on parlera alors en ce cas de l'acte juridique « instrumentum ».

Voici maintenant que deux personnes conviennent entre elles une vente. Elles désirent que, pour éviter toutes difficultés par la suite, les conventions qu'elles passent seront consignées par écrit. On se trouve en présence d'un acte juridique dont le mode de preuve constate bien l'existence telle que l'ont voulue les parties. L'opération passée a bien été une vente dans l'esprit des parties et c'est bien d'une vente qu'il est fait mention dans l'instrumentum. Tout est alors régulier.

Mais il peut arriver que le contrat réalisé par les parties ne corresponde plus à celui dont il est parlé dans l'instrumentum. On comprend, en effet, l'intérêt qu'il peut y avoir parfois de dissimuler une donation sous les apparences d'une vente. Les droits d'enregistrement sont plus forts en matière de dons qu'en matière d'actes

à titre onéreux et l'on voit souvent des donateurs consentir des actes à titre gratuit en exigeant de leur bénéficiaire la reconnaissance écrite que ce dernier a versé une somme d'argent en retour.

L'acte juridique réellement passé (donation) ne correspond plus à celui qui est mentionné dans l'instrumentum (vente). On se trouve alors en présence d'une simulation.

La simulation ou fraude à l'acte, est-elle possible en matière d'administration de la communauté légale ?

Assurément, puisque les pouvoirs du mari sont plus modestes en matière de dons qu'en matière d'actes à titre onéreux. Il est aisé de supposer que le mari, voulant dépasser les pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 1422 et 1423, songe à ramener sa donation aux apparences d'une vraie vente. Il lui suffira de faire mention d'une contre-partie, au besoin fictive, du donataire dans l'écrit qui servira à la preuve, pour que les conditions les plus simples soient remplies.

Se trouvera-t-on nécessairement en présence d'une fraude du mari en pareil cas ?

On ne peut l'affirmer à coup sûr. C'est qu'en effet la simulation n'est pas en soi frauduleuse et elle n'emporte pas nécessairement la nullité de l'acte qu'elle entache (77).

La Jurisprudence déclare qu'il faut avant tout rechercher quelle a été la décision des parties et faire produire ses effets à l'acte qu'elles ont eu en vue (78).

Il y aura alors nullité chaque fois que l'acte caché

(77) Cassation Req., 9 novembre 1891. D. P. 92-1-151.

(78) Req. 2 juillet 1856. D. P. 56-1-427. Req., 9 novembre 1891 avec le rapport du Conseiller Rivière. D. P. 92-1-151. — Civ. 21 juin 1897. D. P. 97-1-557. — Caen, 24 mars 1862. D. P. 63-2-182.

par la simulation aurait été lui-même nul s'il avait été fait ostensiblement.

Si l'on met en application ces principes dans le cas de simulation du mari administrateur de la communauté, il y aura en premier lieu à rechercher si l'acte caché sous les apparences d'un acte à titre onéreux n'est pas une donation. S'il est reconnu ensuite que l'on se trouve en présence d'une donation dissimulée sous le couvert d'une vente, il faudra voir si elle est permise, aux termes des articles 1422 et 1423. Il n'échappera alors à personne que cette donation, — si elle dépasse les limites des pouvoirs maritaux, — sera susceptible d'être annulée, par exemple s'il s'agit d'un don d'immeubles à une concubine bien que celle-ci soit mentionnée avoir versé un prix. C'est l'intention frauduleuse du mari qui préside, en effet, à la simulation et poussera l'époux à faire passer pour valable un acte qui, au fond, ne vise rien moins qu'à frustrer la femme. Mais pas plus que la fraude sur le prix, la fraude à l'acte, qui repose comme elle sur l'intention mauvaise du mari, ne saurait être agréée. La femme aura faculté de demander la nullité de l'acte qu'elle vicie.

§ II. — Fraude par résultat illégitime. Théorie de Pothier.

D'après Pothier, la fraude du mari consiste à disposer des biens communs dans son propre avantage ou celui de ses « hoirs » au préjudice de sa femme ou des héritiers de celle-ci dans la part qui doit leur échoir au moment de la dissolution de la communauté. « Le mari seigneur des biens de la communauté en peut disposer à son gré sans le consentement de la femme. Néanmoins

ces dispositions ne sont valables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part que la femme a dans les biens communs lors de la dissolution de la communauté. Il ne peut surtout pas s'en avantager au préjudice de cette part. » (79). Ainsi il y a fraude quand le mari dispose d'un bien commun en vue de priver la femme de sa part indivise.

Pour Pothier la fraude ne dépend plus des circonstances, c'est le résultat seul de l'acte qui compte. S'il y a privation de la femme dans les biens communs, il y a fraude. C'était déjà précédemment l'opinion de Dumoulin qui, deux siècles auparavant, disait : « Le mari doit agir sans fraude, c'est-à-dire sans s'enrichir lui ou ses hoirs en diminution de la communauté » (80).

Aujourd'hui la Jurisprudence s'attache encore à ce critère, mais il apparait que la théorie de Pothier est trop catégorique. En effet,

1°) il ne faut pas confondre avec la fraude toute opération qui procure au mari un profit personnel venant des communs. Exemple : Un mari fait construire avec des deniers communs un immeuble sur un de ses terrains propres. La maison lui appartient par accession : il en retire donc un profit personnel dont la femme ne pourra faire état si elle accepte une récompense pour la valeur de la moitié des deniers engagés. Ce n'est plus la théorie de la fraude qu'il y a lieu d'appliquer (81), mais celle des récompenses qui vise au rétablissement de l'équilibre dans la communauté momentanément rompu par le mari.

2°) d'autre part, il peut se rencontrer des actes frau-

(79) Pothier, *Traité de la Communauté*. Voir à ce sujet n° 483, interprétation Dumoulin.

(80) Dumoulin, sous l'art. 107. *Ancienne Coutume de Paris*.

(81) Et cependant, d'après Pothier, ce serait la seule théorie admissible.

duleux du fait du mari sans que ce dernier en ait tiré un profit personnel quelconque, mais uniquement en vertu de l'intention perverse qui a présidé à ces actes : cas de vente d'un immeuble commun pour 150.000 frs dont la femme pourra demander la nullité bien que touchant 75.000 frs si elle prouve que le mari a agi par haine à son égard (82).

En cette espèce, c'est la théorie de la fraude qui s'applique bien que non conforme à la théorie de Pothier.

En fait, la Jurisprudence se base presque toujours sur la fusion des deux théories de Lebrun et de Pothier. On le remarquera en reprenant les « attendus » des arrêts précités de Colmar et de Bordeaux (83).

En effet, si les tribunaux s'arrêtent bien au résultat d'un acte, ils ont souvent à rechercher les motifs qui ont voulu ce résultat; ces motifs leur sont fournis par l'examen des circonstances et la Jurisprudence aboutit ainsi, dans la plupart des cas, à dégager l'intention frauduleuse en tenant compte des deux facteurs qui ont donné chacun naissance à ces deux théories de l'Ancien Droit.

La Doctrine du XIX^e^ siècle consacre aussi cette façon de voir de la Jurisprudence et le résultat illogique du partage des biens communs, ainsi que le résultat même logique mais issu d'une intention perverse du mari à l'égard de sa femme, ont incité les auteurs à y voir une fraude (84).

(82) Voir AUBRY et RAU à ce sujet, *loc. cit.* T. 5, n° 509, note. Voir aussi *Jurisprudence générale.* Supplément V. cit. n° 199. LAURENT, *Principes Droit Civil Français.* Tome 22, n° 43.

(83) Cf. *supra.* page 61, notes 74 et 75.

(84) En ce sens. — RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage,* T. 2, n^os^ 875 et suiv. GUILLOUARD, *Contrat de mariage.* T. 2, n° 734. — Et surtout AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français.* T. 5, n° 509, n° 4, p. 326. — PLANIOL et RIPERT. T. VIII, par NAST. — *Traité pratique de Droit Civil Français.* n° 545, p. 609. — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit Civil Français.* T. III, n° 146. — JOSSERAND, *Traité de Droit Civil Positif Français.* T. III, n° 162.

Paragraphe II. — Moyen d'éviter la fraude Concours de la femme à l'acte

Il a été étudié précédemment (85), que la suspicion qui plane sur les donations faites par le mari seul pouvait être dissipée par la collaboration de la femme à l'acte.

La fraude dans les actes à titre onéreux, étant surtout une fraude intentionnelle, le mari aura tout avantage, s'il désire montrer ouvertement que le fond de sa pensée est loin de vouloir causer préjudice à sa femme, de faire celle-ci concourir à l'acte.

Dès l'Ancien Droit, la coutume de Saintonge admettait qu'il ne pouvait y avoir lieu à fraude « pour les actes qui ont été faits par le mari et la femme contractants ensemble » (86).

La sanction de la fraude étant, en effet, édictée dans l'intérêt de la femme, il n'est point nécessaire d'insister outre mesure pour montrer que la présence de la femme à l'acte ou le concours effectif qu'elle y prend sont les garanties les plus sûres qui sont offertes au mari au moment où il se propose de contracter.

La femme collaboratrice du mari se trouvera forclose le jour où elle invoquera que l'acte passé par elle aura porté préjudice, car la maxime jouera contre elle qui prétend que l'on ne peut jamais se prévaloir des conséquences de sa propre faute « *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* ». Il en serait seulement autre si le mari avait commis un dol pour obtenir le concours de sa femme, car pas plus que quiconque il ne pourrait se prévaloir de son propre dol.

85) *Supra*, page 35.
(86) *Coutume de Saintonge*. T. 8, art. 68.

CHAPITRE II

Preuve de la fraude

La fraude comporte des sanctions. Mais si la fraude doit être sanctionnée, encore faut-il qu'on établisse son existence : la preuve de la fraude a une importance capitale.

Un principe traditionnel de l'Ancien Droit veut que la fraude ne se présume point et la Jurisprudence actuelle a adopté ce principe comme sien. La femme aurait, en effet, beau jeu de déclarer que tous les actes du mari lui sont inopposables si leur caractère frauduleux n'était pas prouvé. La Jurisprudence va même très loin dans l'application du principe ancien et l'on a vu le Tribunal Civil de Rouen refuser d'annuler un acte frauduleux du mari en présence de l'administration incomplète de sa preuve (1). Mais à qui incombe alors la charge de la preuve et quels sont les modes de preuve admis en matière de fraude ?

(1) Rouen, Tribunal Civil, 6 juillet 1925. G. P. 1925-2-275.

SECTION I

CHARGE DE LA PREUVE DE LA FRAUDE

On sait que la fraude peut se présenter sous deux formes. Tantôt le mari dépassera les limites qui sont fixées à sa gestion par la loi; c'est la fraude par excès de pouvoir. Tantôt au contraire, bien que se conformant aux directives légales, le mari aura passé un acte entaché de fraude à cause de l'intention malsaine qui en aura été le mobile; c'est la fraude par détournement de pouvoir (2).

La situation dans les deux cas ne se présente pas sous le même aspect. Dans le premier cas, c'est l'excès qui fait présumer la fraude : au delà de la limite préétablie le mari devient suspect, une présomption de fraude pesant sur lui dès qu'il la franchit. Il semble qu'alors le principe traditionnel que « la fraude ne se présume pas » subit une entorse assez sérieuse. Dans le second cas au contraire, ce principe doit s'appliquer strictement et il faudra établir formellement la fraude maritale.

Il importe donc d'étudier la question de la charge de la preuve dans la fraude par excès de pouvoir et dans la fraude par détournement de pouvoir.

Paragraphe I. — Charge de la preuve de la fraude en matière d'excès de pouvoir du mari

La fraude par excès de pouvoir ne peut se rencontrer qu'en matière d'actes à titre gratuit (3).

(2) Voir à ce sujet *Supra.* Chap. I. Section I. Par. I § I et Section I. Par. I § II et Section II Par. I.

(3) *Supra.* Ch. I. Sect. 1. Par. I. § I.

On connait les limites qui ont été fixées à la gestion du mari en cette matière: elles consistent dans le fait de ne pouvoir disposer des immeubles de communauté hors l'établissement d'un enfant commun et de ne pouvoir donner les meubles autrement qu'à titre particulier et sans réserve d'usufruit.

Vienne le mari à franchir ces limites: il a, par exemple, fait don d'un immeuble commun à un enfant d'un premier lit. La femme devra établir deux faits : 1°) celui du don de l'immeuble commun; 2°) le fait que l'enfant doté est né d'un autre mariage (4). Ces simples faits une fois établis permettront d'arriver automatiquement à l'anéantissement d'une telle donation.

La femme ne fait cependant qu'apporter la preuve de faits positifs: elle n'apporte pas celle de la fraude elle-même. Celle-ci va découler de l'art. 1422 qui interdit au mari de faire une telle donation. Le mari ayant accompli un acte excédant ses pouvoirs, verra tomber le don qu'il a effectué. En un mot l'acte est annulable parce qu'une présomption de fraude préétablie dans l'intérêt de la femme l'aura fait suspecter dès le début.

Il appartiendra alors au mari de prouver que, s'il a dépassé ses pouvoirs, il n'a cependant commis aucune fraude et ce pour se dégager de cette présomption qui pèse sur lui. Ainsi s'il a donné un immeuble à un enfant d'un premier lit, il lui appartiendra de prouver, afin de rendre la donation parfaite, que son acte ne lui a été dicté par aucune intention mauvaise à l'encontre de sa femme, mais qu'au contraire il l'a effectuée dans un but louable : celui, par exemple, de gratifier un enfant naturel qui s'est signalé par un éminent service rendu à la communauté.

(4) Voir *infra* p. 77 et suiv. comment la femme fera cette preuve.

On aboutit alors au changement du fardeau de la preuve. Normalement celle-ci doit être apportée par la demanderesse suivant la règle générale « *actori incumbit probatio* ». En fait, on arrive par ce moyen à imposer au défendeur la preuve de la non existence d'une fraude de sa part.

Cette situation rappelle étrangement celle des articles 1382 et 1384 en matière de responsabilité délictuelle.

On sait, en effet, que l'art. 1384 du Code Civil édicte une présomption de responsabilité à l'encontre du gardien d'une chose inanimée. Pour s'en dégager, ce dernier doit prouver une faute de la part de la victime un cas fortuit ou de force majeure. L'article 1384 est fait en faveur de la victime, car souvent le gardien ne pourra pas faire cette preuve, notamment s'il n'existe pas de témoin de l'accident.

Au contraire, l'article 1382 exige pour la victime demanderesse l'apport précis de la preuve d'une faute de l'adversaire. L'article 1382 est plus défavorable à la victime en ce sens que s'il n'existe pas de témoins, elle succombera à son action, alors qu'en se basant sur l'article 1384 elle en eût profité.

Le changement du fardeau de la preuve est la conséquence normale de toute idée de présomption quand celle-ci n'est pas édictée de façon irréfragable. En matière de dons faits hors des limites fixées par le Code, on arrive donc à dire que si la preuve du fait excessif incombe à la femme, c'est au mari qu'il appartient de prouver que son acte n'a pas été frauduleux : c'est une preuve négative qui lui échoit alors et la présomption de fraude qui pèse sur lui n'est pas irréfragable tout comme celle de l'article 1384. Le mari peut, en effet, toujours prouver qu'il a agi sans mauvaise intention et

si cette preuve de sa part est reconnue fondée, sa donation subsistera.

Paragraphe II. — Charge de la preuve de la fraude en matière de détournement de pouvoir du mari

En la matière (5), un simple soupçon contre le mari qui détourne ses pouvoirs ne suffit pas pour faire tomber l'acte qu'il a passé. Il est logique de penser que la preuve de l'existence de la fraude elle-même doit positivement être administrée. La fraude ne se présumant pas, il appartient à la femme comme à tout demandeur en général, de faire la preuve de ses allégations.

Mais que devra-t-elle prouver ?

L'acte frauduleux se caractérise en général par l'existence de deux éléments : le préjudice et l'intention frauduleuse qui en est le mobile. Il importe donc de dire qui fera la preuve de chacun de ces deux éléments.

1°) Charge de la preuve du préjudice. — Pour prouver le préjudice on établira un appauvrissement de la communauté. C'est donc la preuve d'un fait positif que devra apporter la femme, comme l'établissement d'un détournement. Il sera difficile pour la femme d'y arriver. On peut se demander si elle peut obliger son mari à rendre compte de sa gestion. Cette solution aurait l'avantage de faire ressortir la diminution de l'actif commun et d'établir ainsi indirectement l'appauvrissement de la communauté.

Par exemple, au cas où le mari ne présente pas à la dissolution de la communauté le prix intégral d'un immeuble commun vendu par lui pour une somme de cent

(5) Voir chap. I. Section I., par. I et § 2 pour les actes à titre gratuit. — Ch. I. Section II, p. I, pour les actes à titre onéreux.

mille francs durant le mariage, il apparaîtra comme l'auteur d'un détournement préjudiciable à la femme pour une valeur de cinquante mille francs.

Mais alors on se heurte à une objection sérieuse : il est reconnu que le mari est un administrateur sans contrôle. Il est de l'essence même de ses pouvoirs qu'il n'ait pas à rendre compte de l'administration qu'il effectue sur les biens communs. N'aurait-on pas lieu de craindre entendre dire qu'en la circonstance c'est la femme qui dépasse ses propres pouvoirs ?

Et cependant, c'est le seul moyen pratique qui reste à la femme d'établir un préjudice pour elle, venant de l'appauvrissement de l'actif commun.

Aussi les auteurs ne sont-ils pas très fixés sur la solution à donner (6). Les uns, notamment Laurent (7), s'érigeant en défenseurs des pouvoirs maritaux refusent à la femme le droit de contraindre le mari à dire ce qu'il a fait des valeurs disparues. Il appartiendra donc à la femme de prouver que le mari a tiré profit de la communauté et en cette espèce le rôle du mari se révèle uniquement passif.

Une certaine jurisprudence a suivi cette thèse et l'on peut citer à cet égard un arrêt de la Cour de Cassation du 19 janvier 1886 qui déclare que le mari ne peut être tenu pour responsable des valeurs communes s'il ne les représente pas à la dissolution de la communauté, mais qu'il appartient au contraire à la femme ou à ses héritiers d'apporter la preuve des faits établissant un profit quelconque retiré par le mari (8).

(6) Voir au sujet de cette question Depierrois, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, n° du 15 janvier 1936, pages 1-13.

(7) Laurent, *loc. cit.* T. XXII, n° 6.

(8) Sirey. 1887-1-161. — « ...Attendu que c'est à la femme ou à ses héritiers d'apporter la preuve des faits établissant la réalisation

Un tel système apparaît nettement trop rigoureux. Il oblige la femme à faire état, pour établir la fraude maritale d'éléments autres que le détournement lui-même : elle devra prouver en plus un enrichissement du mari. Or le mari peut rechercher avant tout à appauvrir la communauté sans s'enrichir lui-même, notamment par une destruction systématique des biens communs ou bien en rejetant tout le bénéfice de sa fraude sur des personnes étrangères au ménage. Si l'appauvrissement de la communauté a bénéficié à un enfant naturel du mari ou à sa concubine, le système soutenu par Laurent se révélerait inapplicable. Les intérêts de la femme sont donc nettement sacrifiés.

Aussi cette théorie n'a-t-elle pas été généralement adoptée. D'autres auteurs (9), et notamment les auteurs les plus récents (10), prétendent que la femme doit seulement prouver que les valeurs litigieuses existaient bien dans la communauté et qu'elles en sont sorties par la suite. Le mari sera tenu d'expliquer, au moment de la dissolution, comment elles ont disparu.

Ce système a l'immense avantage de mettre le mari en demeure de justifier toute diminution inattendue de l'actif commun. Il ne peut donc porter au passif de la communauté une dépense dont il n'est pas à même par la suite de prouver la réalité et surtout le bien-fondé.

La grande majorité des tribunaux et cours (11) s'est

de ce profit, comme aussi, au cas où il est prétendu que les actes accomplis par le mari sont entachés de fraude et de dol, à faire la preuve des manœuvres dolosives ou frauduleuses.

(9) Guillouard, *loc. cit.* T. II, n° 740.

(10) Colin et Capitant, *loc. cit.* T. III, 8e édition, n° 174.

(11) Cas. Civ., 7 janv. 1890. D. 91-1-256. — Cas. Civ., 8 juillet 1912. D. 13-1-409. — Paris, 19 mai 1870. D. 71-2-40. — Bordeaux, 16 avril 1896. D. 99-2-388. — Angers, 28 juillet 1908 et Trib. Civ. Saumur, 30 mars 1907 sous-Cassation 8 juillet 1912.

ralliée à cette théorie qui aboutit en cette matière de la preuve du préjudice à un renversement du fardeau de la preuve.

De cette façon la femme n'a plus qu'un seul point à prouver : l'existence des valeurs dans la communauté. La conséquence sera alors automatique : ou le mari qui ne les représente pas au partage prouve qu'il les a effectivement dépensées pour le plus grand bien de l'actif commun : on ne saurait alors le taxer de fraude; ou bien il n'arrive pas à fournir une explication plausible à leur disparition: il sera donc nécessaire d'analyser l'intention qui aura présidé à l'appauvrissement de la communauté lors de l'accomplissement de l'acte. En tout cas, c'est de la réponse du mari que naîtra l'établissement ou non du préjudice causé à la femme.

2° Charge de la preuve de l'intention frauduleuse. — Il vient d'être établi que ce n'est pas un enrichissement du mari qui fournit la preuve du préjudice causé à la communauté, mais l'appauvrissement de celle-ci.

Toutefois la communauté peut s'appauvrir sans que le mari ait tiré un profit personnel de sa fraude, notamment si ce dernier a donné des biens communs à un tiers ou même s'il « les a dégradés, brisés ou détruits », suivant la possibilité qui lui était reconnu par Pothier dès l'Ancien Droit (12). De l'intention qui aura dicté au mari son acte résultera donc souvent l'établissement de la fraude elle-même.

Mais à qui appartient-il de faire la preuve de l'intention frauduleuse ?

La réponse ne peut faire de doute : elle incombe suivant le droit commun au demandeur, puisqu'aussi

(12) *Supra* p. 8. Introduction.

bien la fraude ne se présume pas. La femme devra donc essayer d'établir par les moyens légaux (13) que l'intention qui a guidé le mari dans son acte a été malveillante à l'encontre de la communauté : « *actori incumbit probatio* ».

Mais si la femme réussit dans sa preuve et établit devant le tribunal un appauvrissement de la communauté dû à une mauvaise intention du mari, ce dernier sera-t-il pour autant condamné ? Ce ne serait pas logique. Il intervient au procès comme défendeur et comme en toute espèce d'enquête, la preuve contraire lui sera réservée.

Le mari peut donc apporter la justification que le préjudice subi par la communauté est dû à une autre cause qu'un désir de sa part de frauder sa femme. Tel serait le cas d'un appauvrissement résultant pour le ménage d'une spéculation malheureuse du mari sur les biens communs. L'intention du mari aura même pu être très louable en l'espèce : enrichir la communauté. Mais ce but ne sera pas nécessairement atteint, en raison de circonstances malheureuses : on ne saura donc taxer le mari de malveillance à l'égard de sa femme si après avoir acheté en Bourse pour une valeur de soixante mille francs de titres, il espérait les revendre soixante-dix mille, et qu'en raison d'une brusque baisse des cours, il aura été contraint de les abandonner à cinquante mille. C'est qu'en effet, le préjudice causé à la communauté ne constitue pas nécessairement une fraude si ne s'y est pas ajoutée la notion d'intention frauduleuse.

En définitive la preuve de la fraude elle-même résultera de la preuve de ces deux éléments.

(13) Voir *infra*, p. 77.

Reste à savoir maintenant comment sera prouvée la fraude.

SECTION II

MODES DE PREUVE DE LA FRAUDE

La fraude du mari est souvent le résultat d'actes juridiques passés par le mari (donations excessives, contrats bilatéraux déguisés (14). Ces actes juridiques qui ont pour effet de faire passer du patrimoine commun dans celui du bénéficiaire de la fraude, les biens dont on veut frustrer la femme, ne se révèleront frauduleux qu'en fonction de l'intention mauvaise du mari, abstraction faite des donations excessives dont le caractère nettement pervers apparait dès le dépassement par le mari des limites légales qui lui sont fixées.

Comment fera-t-on la preuve des actes juridiques frauduleux et celle de l'intention frustratoire ?

Paragraphe I. — Modes de preuve des actes juridiques automatiquement frauduleux : donations excessives

La fraude ne se présumant pas, il appartient à la femme lésée, pour faire triompher ses prétentions d'établir deux faits : 1°) celui du don; 2°) celui du don excessif (15).

Elle doit donc établir qu'un acte juridique de donation a été passé par le mari et que le don est fait au mépris des dispositions de l'article 1422.

(14) Chap. I. Section I et II.
(15) *Supra*, p. 69.

1°) Comment se prouvera la donation ? (16). — Les principes sont contenus dans les articles 1315 et suivants, spécialement dans l'art. 1341 qui exige la preuve par écrit de tout contrat portant sur une obligation de plus de 500 francs. La femme, si elle est victime d'une fraude de plus de cinq cents francs, devra donc présenter au tribunal un acte authentique, puisque l'art. 931 exige un acte notarié pour la preuve des donations. Cet acte émanera du mari et contiendra obligation pour celui-ci de transférer au bénéficiaire le bien de communauté dont il entend le gratifier.

En pratique cette production en justice d'une copie du contrat sera facile surtout pour le don d'un immeuble commun. Un tel contrat est, en effet, obligatoirement transcrit au Bureau des Hypothèques du lieu de la situation du bien donné. Cette mesure est prise pour permettre aux tiers d'avoir connaissance du transfert de propriété qui vient de s'opérer. La femme qui est tiers à la donation intervenue peut alors requérir du Conservateur un état sur la transcription de l'immeuble sorti de la communauté et faire ainsi sa preuve de l'acte juridique passé par le mari.

Mais il peut arriver que le mari ait pris ses précautions, et qu'il n'existe aucun écrit attestant le don effectué. Il n'y a pas de transcription aux dons d'objets mobiliers. Il est possible d'imaginer alors le cas du don d'un meuble commun de valeur supérieure à cinq cents francs, effectué par le mari en dehors des limites de

(16) On suppose que les conditions de forme de la donation sont respectées par avance et que le mari a, au cas où un écrit est nécessaire (don d'immeubles) exigé l'acte notarié prescrit par l'article 931. Sinon la femme n'aurait plus à attaquer la donation, en considération du préjudice qu'elle lui cause, mais elle en demanderait la nullité pour vice de formes, les prescriptions de l'art. 931 étant d'ordre public et pouvant être invoquées par quiconque.

l'article 1422. Telle sera l'espèce d'une gratification faite par le mari de la main à la main à un enfant naturel de plusieurs objets d'art ou de meubles précieux (hypothèse de la donation mobilière non exécutée à titre particulier.)

L'article 1341 interdit alors la preuve par témoins puisqu'il s'agit d'un acte juridique portant sur une valeur de plus de cinq cents francs. La femme n'a-t-elle en ce cas aucun moyen de prouver la fraude de son mari ? N'étant pas partie au contrat va-t-elle se trouver désarmée du fait que le bénéficiaire du don n'aura pas exigé d'écrit préalable ?

Le Code Civil (art. 1348) a prévu de nombreux cas où l'impossibilité matérielle ou morale empêcherait de se ménager au-dessus de cinq cents francs un mode de preuve par écrit. La Jurisprudence a interprété assez largement cet article et l'on verra souvent le co-contractant lui-même prouver par témoins l'existence de son obligation : ainsi un médecin ne peut à chacune des visites effectuées à son malade se réserver un écrit signé de son client pour ce qui lui est dû. Assez vite et pour peu que la maladie se prolonge, les honoraires vont dépasser cinq cents francs. Il lui sera alors permis de prouver par tous les modes légaux de preuve le nombre de visites qu'il aura faites et par suite le montant de ce qui lui est dû (17). Il en est de même du domestique qui, gagé verbalement par un patron, réclamera à celui-ci à la fin de l'année la somme globale qui lui aura été promise.

Mais l'impossibilité morale ou matérielle est plus spécialement le fait du tiers au contrat qui ignore même souvent l'existence de l'obligation passée. C'est plus

(17) Cas. Civ., 13 avril 1910. D. P. 1911-1-14.

ordinairement le cas de la victime d'une fraude qui a été tenue volontairement à l'écart. C'est pourquoi la Jurisprudence et la Doctrine (18) ont étendu le bénéfice de l'article 1348 à tous les cas où le défaut d'acte n'est pas imputable à la personne qui invoque la preuve du contrat. Il est alors possible à la femme de prouver l'existence du don de meubles communs effectués par son mari par tous les moyens de preuves permis par le Code Civil. C'est ce que décide d'ailleurs la Jurisprudence en permettant à toute victime d'une fraude de prouver l'existence de l'acte frauduleux par présomptions de fait du moment que celles-ci s'affirment graves, concordantes et précises (19). La Cour d'Appel de Besançon, dès 1894, est même allée plus loin dans cette voie et déclarait « que la fraude faisait exception à toutes les règles, et pouvait être démontrée quel que fût l'intérêt du litige par tous modes de preuve et notamment par expertise et enquête » (20).

2°) Comment se prouvera l'excès dans la donation. — L'excès dans la donation dépendra du respect qui sera accordé aux limites de l'article 1422, limites que l'on sait (21) différentes en matière d'immeubles et de meubles. Dans le premier cas il appartiendra à la femme de prouver que le don du mari a été effectué en vue de l'établissement d'un enfant d'un autre lit et dans le cas de la donation mobilière elle aura à établir que le don n'est pas consenti à titre particulier ou que le mari s'en est réservé l'usufruit.

(18) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*. T. IV., n° 2619, p. 295. — Laurent, *loc. cit.* Tome XIX, n° 544, alinéa 2, p. 554.

(19) Req., 28 juin 1881. D. 82-1-161.

(20) Besançon, 6 juin 1894. D. P. 95-2-412.

(21) *Supra*. p. 30.

La femme doit alors apporter la preuve de faits spéciaux tels qu'ils sont définis par l'art. 1422. La preuve des faits matériels se fait par tous les modes de preuve admis par le Code, et la femme peut alors en cette matière prouver par tous moyens. Ainsi l'établissement résultera de l'état distinct accordé à l'enfant que l'on va aider à vivre par lui-même d'une profession séparée et la femme pourra prouver cette existence spéciale de diverses façons : tantôt elle produira un écrit, notamment un extrait du registre du commerce si l'enfant gratifié est commerçant, tantôt elle invoquera des témoignages, voire des présomptions si l'enfant a choisi une carrière libérale. De même la preuve de la filiation légitime de l'enfant gratifié sera faite le plus souvent par la production en justice de l'acte de naissance qui mentionne les noms des père et mère.

Ces faits matériels établis, les juges devront automatiquement reconnaître l'excès dans la donation et prononcer l'annulation d'un tel acte, si le mari ne se dégage pas de la présomption qui pèse sur lui du fait de l'article 1422 en prouvant qu'aucune intention mauvaise n'a présidé à son contrat. Le fait de prouver cet élément d'ordre subjectif se rapproche étrangement de la situation de la femme qui, en cas de contrats normalement passés par le mari, doit prouver une intention malveillante du mari à son égard, pour que l'acte soit reconnu frauduleux. Il y a donc lieu de voir comment se fera la preuve de l'intention frauduleuse.

Paragraphe II. - Modes de preuve de l'intention frauduleuse

La fraude dans les actes juridiques normalement passés par le mari ne peut s'apprécier qu'à travers l'in-

tention malveillante de ce dernier. Il en est ainsi normalement dans les donations effectuées dans les limites de l'article 1422 et dans les contrats synallagmatiques (22).

L'intention qui fera présumer la fraude est d'essence subjective et ne pourra se révéler extérieurement aux yeux de tous que par les circonstances ayant entouré l'acte lui-même. Les procédés employés par le mari aussi bien que les sentiments qui l'auront animé à ce moment permettront de juger de la pensée qui aura présidé au contrat. La vie intellectuelle s'apprécie, en effet, philosophiquement en fonction de la vie affective et de la vie active, suivant les trois termes qui dominent toute l'étude de la psychologie humaine : intelligence, volonté, sentiment.

Ce sera donc la preuve d'un ensemble de faits matériels, qui seront représentés par toutes les diverses parties de l'acte que la femme devra apporter. En cette matière, la liberté de la preuve triomphe. Il s'agira pour la femme de faire revivre devant le tribunal le contrat passé par le mari, d'en étaler les diverses phases et faire parler au besoin les personnes qui y auront assisté. Elle apportera aux juges tout un réseau d'éléments divers qu'elle leur demandera d'apprécier souverainement. De cet ensemble de faits matériels, apparaitra alors le mobile ou le motif, véritable cause de l'action du mari, étant entendu que le mobile sera avant tout d'ordre sentimental, suivant l'ouvrage célèbre de M. Josserand (23), tandis que le motif se révélera en fonction du but poursuivi. On verra ainsi une fraude dans la donation consentie par le mari à un enfant naturel ou une

(22) *Supra*. Chap. I. Sections I et II.
(23) Les mobiles dans les actes juridiques.

concubine même si le don est consenti en conformité des dispositions de l'art. 1422, quand le lien d'affection qui unit donateur et donataire suffit comme explication au préjudice élevé causé à la femme (mobile affectif). De même la Jurisprudence a reconnu suspecte la vente à vil prix consentie par le mari aux approches de la mort de sa femme quand les circonstances n'ont plus permis de douter du véritable but qu'il poursuivait (motif lucratif) (24).

La résurrection de tous ces faits matériels se fait devant le tribunal par tous moyens de preuves : écrits, témoignages, aveu, serment, etc... Les juges rapprocheront aussi tous ces événements simultanés ou successifs gravitant autour du contrat et qui leur fourniront des présomptions graves, concordantes et précises de nature à leur faire donner une base plausible à leur décision.

Cette règle de la liberté de la preuve, en cette matière subit cependant une exception. Il est interdit à la femme de prouver l'intention frauduleuse de son mari par commune renommée. Ce mode de preuve bien connu dans l'Ancien Droit sous le nom de preuve « par turbe », n'a pas été retenue par le Code Civil. La loi n'admet plus aujourd'hui la preuve indirectement administrée par des témoins venant rapporter les propos ou les faits qu'ils ont eux-mêmes entendu relater. La preuve « par turbe » conduisaient, en effet, à des imprécisions et à des contradictions dans les témoignages. On comprend alors toutes les réserves formulées contre elles par le Code Civil qui ne l'autorise qu'en des cas limitativement énumérés (art. 1415, 1504, 1442).

(24) *Supra*, p. 60 et suiv.

(25) Civ., 24 avril 1872. D. 72-1-449. — Req., 10 mai 1892. D. 93-1-439.

En matière de fraude, la Jurisprudence (25) a d'ailleurs eu à se prononcer à ce sujet, et la Chambre civile de la Cour de Cassation a définitivement tranché la question par arrêt du 9 juillet 1901 (26) en déclarant que les seuls modes de preuve admis sont ceux admis ordinairement en droit civil; c'est donc l'exclusion de celle par commune renommée.

(26) D. P. 1902-1-35.

CHAPITRE III

Sanction de la fraude

Dans l'Ancien Droit, Pothier, qui réduisait la fraude à un profit personnel du mari sans tenir compte de l'intention de celui-ci, trouvait normal, mais suffisant, que ce profit personnel fut compensé pour la femme par une somme d'argent équivalente (1).

Pothier unifiait ainsi la théorie de la fraude et celle des récompenses.

Aujourd'hui, le Code établit une distinction entre ces deux théories, distinction que reprend du reste la Jurisprudence et fondée sur l'existence ou l'absence d'une intention frauduleuse à la base du profit personnel retiré de la communauté par le mari. La sanction sera donc différente suivant que cette intention existera ou non.

On connait la sanction applicable au mari qui a tiré, sans intention frauduleuse, un profit personnel de la communauté : c'est le rétablissement de l'équilibre rompu par l'attribution à la femme d'une valeur égale au préjudice qu'elle a subi. Mais ce rétablissement d'équilibre n'est possible qu'autant que le mari n'est pas

(1) Voir à ce sujet POTHIER, *Traité de la Communauté*. « Droits des conjoints sur les biens de la Communauté ». Article II.

en état d'insolvabilité; si ce dernier se rend volontairement insolvable est-il juste de condamner irrémédiablement la femme à la privation de la part dont elle a été frustrée par lui à son propre bénéfice ?

Ce serait une iniquité. Aussi la Jurisprudence a-t-elle été amenée à forger de toutes pièces une sanction autre que celle appliquée par Pothier à la fraude.

Elle en a trouvé les bases dans l'article 1167 relatif à la fraude d'un débiteur et elle a établi par parallélisme en faveur de la femme une action en annulation en cas de fraude maritale.

Pour étudier cette action, il faut en connaître : 1° le fondement; 2° le caractère; 3° le jeu à propos des divers actes frauduleux du mari.

SECTION I

FONDEMENT DE L'ACTION DONNÉE A LA FEMME

On sait (2) que les époux sont de véritables co-propriétaires indivis de la partie des biens communs qui revêtent une individualité juridique propre tels les meubles meublants ou les immeubles. Au contraire sur les biens communs fongibles dont la valeur peut être remplacée par un bien d'égale valeur, leur situation apparait plutôt comme celle de deux prêteurs d'argent momentanément dépouillés de leur bien au profit de la communauté et qui au jour de la dissolution rentreront dans leurs fonds.

Ils sont donc durant la communauté, pour cette portion de biens, dans la situation de véritables créanciers à l'encontre d'un débiteur ordinaire : la communauté.

Il est alors aisé d'imaginer le cas où la femme sera,

(2) Voir *supra*. Introduction, pages 20 et 21.

de la part de son mari, victime d'une fraude portant sur une somme d'argent appartenant à la communauté. La sanction qui lui sera octroyée à cet égard, ne sera pas nécessairement la même que celle où elle sera envisagée comme co-propriétaire d'un bien commun (3) et il y a lieu de s'attarder à la sanction dont elle pourra bénéficier sous ces deux aspects différents.

Paragraphe I. — Fondement de l'action donnée à la femme en tant que créancière de la communauté

On connait la sanction que le Code Civil a édictée contre tout débiteur qui agit en fraude des droits de son créancier. C'est une action en annulation de l'acte prescrite par l'article 1167 : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

Cet article est général et s'applique à tous les créanciers qui ont à se plaindre des agissements suspects de leurs débiteurs. Il s'applique donc à la femme qui se trouve dans cette situation avec toutes ses règles propres et ses effets.

Mais la femme créancière de la communauté réussira-t-elle à faire tomber l'acte frauduleux du mari et ce dans tous les cas de fraude ?

C'est que la théorie de l'action Paulienne n'est, en effet, pas la même en matière de dons et en matières

(3) Cette distinction, on le verra, est plus théorique que pratique, car on trouvera un fondement unifié à la sanction donnée à la femme en cas de fraude (*infra*, page 97) ...Cependant, il est bon d'en parler, car elle est étudiée par la Doctrine, en présence des nombreuses décisions de Jurisprudence qui ont voulu trouver la seule sanction de toute fraude maritale dans l'article 1167, lequel ne vise cependant que la fraude dont est victime la femme créancière de la communauté. Voir Colmar, 25 février 1857. D. P. 57-2-88. — Bordeaux, 7 février 1878. D. P. 79-2-124.

d'actes à titre onéreux. Il sera donc bon de distinguer les diverses solutions qui seront offertes à la femme.

1°) *L'acte frauduleux du mari à l'égard de la femme créancière est une donation.*

On peut imaginer le cas : la communauté par l'entremise du mari administrateur a frauduleusement vendu des titres qui lui appartiennent. La femme a contre la communauté une créance égale à la moitié de la valeur de ces titres. Or il arrive que le mari donne à un tiers le produit global de la vente des titres communs.

Manifestement, on se trouve alors en présence d'une donation frauduleuse de biens dont la valeur pour moitié représente une créance de la femme. L'acte à titre gratuit ainsi consenti par le mari sera-t-il opposable à son épouse ?

Si l'on admettait que la femme fut sans recours, on aboutirait à une injustice criante : le mari dépouille volontairement sa femme d'une partie de ses biens au profit d'une personne étrangère, sans lui assurer de contre-partie quelconque.

Une telle solution ne peut être admise : ce serait faire trop bon marché des droits de la femme. D'ailleurs en cette matière d'Action Paulienne, le problème tel qu'il vient d'être posé a été résolu depuis longtemps. Il date du Droit Romain (1), et les solutions alors admises ont passé dans notre Ancien Droit et dans notre Droit Moderne.

Traditionnellement on a distingué suivant que le débiteur fait disparaître le gage de ses créanciers par

(1) Voir Girard, *Traité élémentaire de Droit Romain*, 8e édition, page 455.

don ou par acte onéreux. La situation n'est, en effet, pas la même dans les deux cas. On estime que, en matière de donation frauduleuse, la situation du créancier est préférable à celle du donataire. En effet, celui-ci, si l'acte est annulé ne perd rien. Si l'acte est maintenu au contraire, le créancier, qui n'a rien reçu en contre-partie de ce qu'il a vu disparaître, est lésé. La bonne logique veut donc que les choses soient rétablies en leur état primitif de façon à ce que personne n'ait à se plaindre de l'opération.

Cette solution se retrouve en matière de communauté, lorsque le mari a voulu léser sa femme créancière de sa part et portion dans une somme d'argent commune. Ce n'est d'ailleurs qu'un cas spécial d'application de la théorie de la fraude Paulienne en matière de dons et toutes les fois que la femme agira comme créancière de la communauté, elle aura à prouver seulement que la donation est frauduleuse pour faire tomber automatiquement cet acte sur la base de l'article 1167 : elle sera donc préférée au donataire.

2°) *L'acte frauduleux du mari à l'égard de la femme créancière est un acte à titre onéreux.*

Une femme possède au moment du mariage une certaine somme d'argent qui tombe en communauté. Elle achète un meuble qui durant le mariage sert aux deux époux, par exemple, une armoire. La femme a droit à la dissolution de la communauté de reprendre pour elle l'armoire en nature et de récompenser son mari pour moitié, ou bien si le meuble a été vendu, de retirer pour elle la moitié du prix de vente. Elle est donc, au cas de vente de l'armoire, créancière de la communauté pour la moitié de la valeur du meuble.

Quelle sera l'attitude de la femme si le mari a, durant la communauté, vendu l'armoire en fraude des droits de sa femme avec l'intention bien arrêtée de l'en priver de sa part ?

On se trouve en présence d'un acte frauduleux du mari vis-à-vis de sa femme créancière et cet acte est une vente.

La situation n'est plus la même que lorsque l'acte frauduleux a été une donation (cas précédent). Ici la communauté, et par conséquent la femme, a reçu en échange de la cession de l'armoire par le mari, une somme d'argent. Il n'y a donc plus déséquilibre comme en matière de don. Il y a eu contre-partie.

On peut même se trouver en présence d'une personne qui ne sait rien de la fraude du mari et qui a contracté avec ce dernier avec la plus entière bonne foi. Devra-t-elle cependant voir l'acte qu'elle a passé tomber et devra-t-elle rendre l'objet qu'elle a acheté moyennant restitution par le mari de l'argent qui lui a été versé ? C'est là toute la question de l'application de l'action Paulienne en matière d'actes à titre onéreux.

La solution a été ici encore donnée dès le Droit Romain. Il apparait dès l'abord qu'il n'y a pas de raison plausible de préférer le créancier au tiers acquéreur. Les deux, en effet, ont retiré un profit du contrat. Le tiers acquéreur possède désormais l'objet cédé, tandis que le créancier a vu son gage se transformer en une somme d'argent. Mais une somme d'argent est facile à dissimuler et comme elle se trouve entre les mains du débiteur, le créancier peut avoir à craindre le pire d'un acte qu'il n'a pas commandé d'exécuter. C'est effectivement ce qui se produit le plus souvent, le débiteur ne

s'étant débarrassé des biens qu'il avait que pour mieux frauder son créancier.

Cependant si l'on accorde d'office au créancier le droit d'annuler l'acte du débiteur malhonnête et de rétablir les choses en état, on se heurte à la situation nouvelle du tiers acquéreur. Celui-ci pouvait ignorer que son co-contractant fut débiteur et partant, arguer de sa bonne foi. Devra-t-il néanmoins perdre le bénéfice d'une opération qui à ses yeux a été très normale, puisqu'il a consenti une contre-partie ?

Ce serait dangereux pour la libre circulation des biens. Aussi la théorie romaine de la fraude Paulienne a-t-elle voulu faire une nouvelle distinction en faveur du tiers acquéreur. Autant on devra se montrer généreux pour l'acquéreur de bonne foi, autant il faudra punir celui qui aura acheté en pleine connaissance de l'intension perverse de son vendeur.

La Jurisprudence décide donc aujourd'hui que le créancier en apportant la preuve de la fraude de son débiteur doit prouver également que le tiers acquéreur avait connaissance de cette fraude (5). Il faut donc pour que l'acte à titre onéreux tombe en vertu de l'article 1167 que le tiers acquéreur soit « *conscius fraudis* » (6). La théorie de l'action Paulienne va même plus loin : si le tiers acquéreur de bonne foi a lui-même cédé le bien, il appartiendra à la femme de prouver en plus l'intention frauduleuse du sous-acquéreur. Sinon l'annulation ne sera pas possible.

Cette théorie de l'action Paulienne en matière de

(5) Paris, 13 mars 1890. D. P. 92-2-198. — Grenoble, 19 juin 1891. Même référ.

(6) L'exigence de la connaissance de la fraude par le tiers est nécessaire. Voir l'édit du préteur Paulus « *Cum eo qui fraudem non ignoraverit* » rapporté par Girard. *Traité élémentaire de Droit Romain*, p. 455, note 2.

contrats, trouve une application spéciale au cas de fraude du mari effectuée de façon onéreuse contre la femme créancière de la communauté.

La Jurisprudence, toutes les fois qu'elle a accordé à la femme l'annulation des actes du mari sur la base de l'article 1167, exigeait la preuve de la complicité du tiers acquéreur et même du sous-acquéreur pour les actes onéreux (7).

***Paragraphe II.* — Fondement de l'action donnée à la femme sur la part de biens communs dont elle est co-propriétaire**

La femme n'agira pas toujours comme créancière de la communauté. Il faut supposer pour cela qu'elle ait momentanément englobé dans l'actif commun une partie de sa fortune mobilière, portion dont elle retrouvera la moitié au jour de la dissolution.

Mais il arrivera très souvent que le droit de la femme sur les objets composant la communauté seront des droits de co-propriétaire indivis avec le mari. Ce sera le cas de la femme en présence notamment des immeubles communs acquis avec des ressources communes et des acquêts en général. Vienne le mari à les soustraire frauduleusement du patrimoine de communauté, la femme demeurera-t-elle cependant sans re-

(7) Colmar, 25 fév. 1857. D. P. 57-2-88. — Bordeaux, 7 fév. 1878. D. P. 79-2-124. « ...Considérant que lorsque pour faire tomber les actes faits en fraude de ses droits, la femme est obligée de recourir au bénéfice de la disposition générale de l'art. 1167, elle doit justifier, comme tout autre créancier, de deux conditions, d'abord la fraude de son mari, son débiteur, et ensuite la complicité du tiers dans cette même fraude, parce que dans ce cas, le tiers ayant contracté avec le mari quand celui-ci était en jouissance des droits illimités que lui donne l'article 1321, on ne peut lui enlever le bénéfice de son contrat qu'en prouvant contre lui qu'il n'était pas de bonne foi, et et qu'il s'est sciemment associé à un acte frauduleux pour les droits de sa femme... »

cours puisqu'en pareille occurrence elle ne saurait établir son action sur l'article 1167 ?

Ce serait une injustice. Mais l'on chercherait cependant en vain une sanction légale. On constate toutefois que le Code a prévu implicitement une fraude possible du mari. L'article 1421 parle des pouvoirs du mari en matière d'actes à titre onéreux et l'article 1422 fixe les limites des droits qui lui sont conférés en matière de dons. Mais aucun de ces articles n'édicte de sanction : ils posent des principes, à la rigueur une défense implicite, mais ils ne punissent pas.

Ces articles ont néanmoins une raison d'exister et l'on ne comprendrait pas les motifs qui auraient guidé le législateur à les intercaler dans le Code, s'il n'avait eu le désir de les voir strictement produire effet.

La logique conduit donc à trouver hors du Code une sanction à la prohibition contenue en ces articles. En effet, à l'exception des articles 243 durant l'instance en séparation de corps ou en divorce et 1167 en matière de malveillance voulue des débiteurs, il n'y a rien de prévu pour punir la fraude en général et celle du mari en particulier.

Il est cependant de toute équité que la fraude ne saurait nuire à la victime sans que réparation ne soit accordée à celle-ci. Déjà dès l'Ancien Droit, le Parlement de Paris annulait les actes frauduleux du mari, malgré l'absence d'une sanction positivement prononcée par l'article 235 de la Coutume de Paris qui parlait des pouvoirs du mari limités seulement par la fraude.

On se trouve aujourd'hui devant la même carence législative. Aussi a-t-il appartenu à la Jurisprudence de suivre le chemin traditionnel de l'Ancien Droit et d'édifier une base à la sanction de la fraude. Le cas du débi-

teur de mauvaise foi (art. 1167) et celui du mari malhonnête durant l'instance en divorce (art. 243) sont alors apparus comme des espèces isolées d'exemples de fraude. Les sanctions que le Code a ainsi prises en prévision de ces cas particuliers ne sont que des applications spéciales d'un principe très général qui pourrait se formuler par l'expression : « Fraude est punissable » (8). « Il est conforme à l'équité, disent, en effet, Colin et Capitant, que la victime d'une fraude ait droit à la réparation du préjudice qu'elle a subi... » (9).

La Jurisprudence a alors érigé à l'état de principe le fait que la fraude doit être réparée pour la victime puisque « *fraus omnia corrumpit* » et c'est désormais cette maxime établie en règle de droit qui permettra dans le cas particulier de fraude maritale de faire tomber l'acte pernicieux du mari.

On obtient d'ailleurs en ce cas de fraude du mari à l'encontre de sa femme considérée comme co-propriétaire, un immense avantage sur le cas précédent de la fraude envisagée contre la femme créancière de la communauté : en effet, il n'y a plus besoin de distinguer si l'acte est une donation ou un contrat à titre onéreux. Du moment qu'il est frauduleux et que la fraude est établie, il n'existe plus pour la femme (10).

On trouve d'ailleurs dans les autres parties du droit des applications diverses de cette maxime « *fraus omnia corrumpit* ».

On connait plus spécialement les cas de fraude à

(8) Loisel. Livre I. Titre II, n° 17.

(9) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil Français*. 7e édition. T. II, p. 59.

(10) On verra plus loin que l'acte ne tombera pas pour cela en entier et qu'il subsistera notamment entre mari et tiers co-contractant. *Infra*. Paragr. III de la Section II, p. 108.

la loi qui consistent pour celui qui agit à tourner la loi à son profit personnel : 1) C'est ainsi que le prodigue qui dissipe sa fortune au plus vite durant l'instance qui est engagée pour lui nommer un conseil judiciaire, verra en exécution de ce principe, annuler tous les actes qu'il aura passés seuls. 2) La même règle se retrouve en droit international privé : un étranger vient-il à se faire naturaliser français pour bénéficier des avantages de la loi française ? Dès qu'il apparaît que le profit qu'il a voulu en tirer s'analyse en une fraude à sa propre loi nationale, il ne pourra plus bénéficier des profits de la loi française en reprenant sa nationalité première. C'est ainsi que l'italien qui se fait naturaliser français pour divorcer (11), et qui redemande à recouvrer ensuite la nationalité italienne, ne pourra se remarier en son pays d'origine où il est toujours resté marié.

Les auteurs modernes ne discutent plus d'ailleurs à ce sujet. Ils admettent volontiers que l'action donnée à la femme co-propriétaire prend sa source dans la maxime « *fraus omnia corrumpit* » érigée en règle de droit (12).

Cependant ce principe général que l'on donne comme base à la sanction de la fraude n'a pas satisfait entièrement tous les auteurs. Certains, Planiol notamment (13), ont voulu trouver à cette sanction tout en admettant la maxime, un autre fondement qui fut un texte.

(11) Le divorce est interdit en Italie. Seule la séparation de corps est admise et pour des causes rigoureusement fixées : adultère, condamnation à peine afflictive et infâmante.

(12) Planiol et Ripert, *Les Régimes matrimoniaux*. T. VIII, par Nast, *Du Traité Pratique de Droit Civil Français*, p. 609, note 3. — Josserand, *Loc. cit.* III, n° 161, p. 87. — Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925. N° 164, p. 286. Colin et Capitant, *Loc. cit.* N° 174. T. III, p. 146.

(13) Voir référence note 12.

Ils ont voulu ramener toute fraude du mari à un abus du droit dans le sens que Josserand fait de cette expression. Pour ce dernier, en effet, il y a abus du droit chaque fois qu'il y a détournement du droit de sa fonction et l'on doit avant tout considérer le mobile de l'acte et sa fin pour s'en rendre compte. Chaque fois que le mobile aura été exercé en discordance avec la fonction du droit, il y aura un abus (14).

Et l'on tient alors le raisonnement suivant : le droit d'administration des biens communs conférés au mari est établi en sa faveur comme en celle de sa femme. Si le mari s'écarte de ce but, si notamment il cherche à frauder sa femme, il abuse de son droit.

Or l'abus du droit constitue une faute au sens de l'article 1382. Ce même article doit alors sanctionner la fraude maritale.

Cette théorie parait séduisante dès l'abord et aurait l'immense avantage de ramener indirectement à un texte, le fondement de l'action de la femme. Mais elle ne saurait se soutenir après examen. En effet, l'article 1382 ne vise qu'un seul but : réparer le préjudice causé par l'attribution à la victime de dommages-intérêts. Si l'auteur du dommage est insolvable, cet article ne peut plus jouer, car la réparation est impossible.

Or il ne faut pas que la femme pâtisse de la faute commise volontairement par son mari et si notamment ce dernier s'est rendu insolvable. L'action en annulation

(14) Josserand ramène la théorie de l'abus du droit autour de l'idée de détournement du droit de sa fonction. « Chaque droit est organisé en vue d'une fonction différente ; les uns en faveur du titulaire du droit (ceux de propriété individuelle ; les autres en faveur d'une autre personne (puissance paternelle) ; les troisièmes en faveur de l'intérêt général (droit de critique). D'où on s'attache au mobile qui fait que le père de famille qui met sa puissance à son propre service, commet un abus du droit... » (*Traité de Droit Civil positif français*. Tome II, n° 432, p. 208).

de l'acte frauduleux a alors l'immense avantage de mettre à néant l'acte du mari et de restituer à la femme ce qu'elle avait momentanément perdu.

Il vaut donc mieux rester en conformité avec la Doctrine classique et rejeter le fondement de l'art. 1382, l'action tirée du principe « *fraus omnia corrumpit* » aboutissant à un meilleur résultat pratique.

Paragraphe III. — Synthèse : établissement d'un fondement unique à l'action donnée à la femme

L'action en nullité de l'article 1167 présente un sérieux inconvénient pour la femme créancière de la communauté, comme elle en offre d'ailleurs à tous les créanciers injustement frustrés de leur gage par un débiteur malhonnête. L'acte passé en fraude de leurs droits ne sera pas toujours anéanti à leurs yeux : il ne le sera que si c'est une donation ou un contrat à titre onéreux fait avec un acquéreur de mauvaise foi.

Mais on sait que la femme créancière de la communauté ne dispose, du fait de l'article 1167, d'aucun moyen de défense si l'acte est passé avec un tiers de bonne foi (15). C'est dans le but d'éviter toute perturbation sociale que cette solution est édictée et l'on comprend alors que l'intérêt du tiers soit préféré à celui de la femme.

Or le but précisément de l'action donnée à la femme est de remettre les choses en leur état primitif, c'est-à-dire de lui permettre de rétablir l'équilibre qui avait été rompu par la fraude de son mari.

Au contraire, lorsque l'action de la femme est basée sur la maxime de droit « *Fraus omnia corrumpit* », il n'y a plus à examiner l'intention du co-contractant ac-

(15) *Supra*, page 90.

quéreur. Du moment que la fraude existe, et il suffit que cette seule condition soit réalisée, l'acte est annulable pour la femme même en cas de très bonne foi de la partie qui a contracté avec le mari (16).

L'action est donc donnée parce qu'il y a eu fraude et sans qu'il y ait lieu de se soucier de la qualité de la femme agissante (soit comme créancière, soit comme co-propriétaire) .

Dans ces conditions, ne vaut-il pas mieux, au cas où la femme agit comme créancière, lui accorder aussi l'action en annulation basée sur la maxime « *Fraus omnia corrumpit* », précisément pour éviter l'inconvénient qu'inévitablement elle rencontrerait en basant son action sur l'article 1167, au cas d'existence d'un contractant de bonne foi ?

Une synthèse s'impose donc : toutes les fois que la femme sera victime d'une fraude de la part de son mari durant la communauté, il vaudra mieux qu'elle agisse pour le rétablissement de ses droits en faisant état de la vieille règle de droit: « *fraus omnia corrumpit* ». Elle ne craindra plus ainsi de se voir opposer l'intention qui aura été celle du tiers durant la transaction.

On en arrive ainsi à simplifier la question : l'action de la femme ne dépendra plus que d'une seule condition : l'existence d'une fraude. D'ailleurs aujourd'hui le fondement de l'article 1167 est abandonné de façon générale (17) et l'on admet que dans tous les cas de

(16) L'acte doit subsister cependant entre le mari et le co-contractant. En cas d'action de la femme et d'anéantissement de l'acte à ses yeux, le co-contractant doit avoir recours contre le mari. *Infra.* Jeu de l'action accordée à la femme, page 114.

(17) Doctrine : G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925. N° 164, page 286. — Planiol et Ripert, *Traité pratique*

fraude maritale la femme dispose d'une action indépendante de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers et qu'elle puise uniquement son action dans l'intention du mari puisque c'est de là qu'en définitive découle l'existence ou l'absence de fraude.

SECTION II

CARACTÈRE DE L'ACTION ACCORDÉE A LA FEMME

Le but de la sanction accordée à la femme est d'arriver avant tout à annihiler les conséquences néfastes de la fraude. Mais le Droit Civil connaît deux façons d'arriver au résultat escompté : le premier moyen s'obtiendra par l'anéantissement systématique de l'acte et par le rétablissement des droits de chacun dans leur état antérieur (action en annulation); le second, par le maintien de l'acte lui-même, mais en le déclarant sans effet à l'égard de celui qui devait en pâtir (action en inopposabilité).

Il s'agit de savoir quel genre d'action sera donnée à la femme, en un mot d'en définir le caractère. Il y a lieu pour celà de discuter d'abord de l'intérêt qu'il y a d'opposer l'action en nullité à l'action en inopposabilité, et d'examiner ensuite si l'action accordée en cas de fraude, à l'épouse frustrée, peut cadrer avec l'une ou l'autre d'entre elles.

de Droit Civil Français. T. VIII, par NAST, p. 612, n° 546. — VÉRON, *Loc. cit.* Thèse, pages 277 et suiv.

Jurisprudence Civ., 11 nov. 1895. D. 96-1-44. S. 96-1-281 note HOUPIN. — Req., 24 mars 1903. D. 1905-1-33. S. 1904-1-137. — Civ. 8 juillet 1912. D. 1913-1-409. Note GUÉNÉE. S. 1913-1-308. — Paris, 12 février 1903. D. 1904-2-353. — Trib. Civ. Beauvais, 11 juillet 1924. D. H. 1924, p. 732.

Paragraphe I. — Intérêt de la distinction entre l'action en nullité et l'action en inopposabilité

L'intérêt de cette distinction réside entièrement dans la différence d'effets des deux actions et ces effets diffèrent eux-mêmes suivant qu'on les considère dans les rapports qui existent d'une part entre parties au contrat et d'autre part entre les tiers et le co-contractant.

1° *Effets des deux actions entre parties à l'acte.*

a) L'action en nullité produit des effets absolus à leur égard. L'acte annulé est censé n'avoir jamais existé et la solution qui s'impose alors est le rétablissement des droits de chacun en leur état primitif. C'est ainsi que la donation consentie par le mari à un tiers sans que l'acte n'ait été rédigé devant notaire suivant les termes de l'article 931, tombera pour vices de forme dès que la nullité sera reconnue en justice. Le tiers donataire devra alors restituer au mari l'objet du don (18). De même, la vente d'un bien consentie par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur sera réputée n'avoir jamais existée et il appartiendra à l'acheteur de restituer le bien, comme au mineur de rendre la somme d'argent qu'il aura retiré de la vente.

b) L'action en inopposabilité ne produit au contraire aucun effet entre co-contractants. Elle n'a d'effets qu'aux yeux des tiers et le lien qui s'est établi entre les deux parties au contrat subsistera toujours : une vente déclarée inopposable à un tiers déterminé devra cependant être exécutée entre acheteur et vendeur et dans

(18) Sous réserve de l'article 2279 pour les meubles.

les donations le donataire n'aura pas lieu de restituer, en principe, au donateur l'objet donné (19).

2° *Effets des deux actions à l'égard des tiers.*

a) Les effets de l'acte nul entre co-contractants réfléchissent contre les tiers et l'acte n'existant plus entre parties ne peut être opposé aux étrangers au contrat.

b) Au contraire, c'est du côté des tiers que l'acte inopposable change d'aspect et le contrat s'il subsiste entre les parties contractantes ne saurait produire aucun effet contre les tiers. C'est de cette particularité que cette action tire son nom. Elle est « inopposable » aux tiers, c'est-à-dire que ses effets se limitent aux co-contractants mais ne doivent pas ricocher contre les personnes étrangères.

En s'inspirant de ces effets différents de l'action en nullité de celle en inopposabilité, il est aisé de voir ce que la sanction de la fraude maritale deviendrait suivant l'adoption de l'une ou l'autre de ces théories. C'est ainsi que si l'on y voit une action en annulation, on devra admettre que l'acte passé par le mari pour le tout, sera anéanti, aussi bien dans ses effets entre parties contractantes qu'à l'égard des tiers étrangers à l'acte et par conséquent aux yeux de la femme.

Au contraire si l'on prétend que la sanction de l'acte frauduleux du mari doit être une action en inopposabilité, les effets de l'acte seront réputés n'exister qu'entre les parties contractantes mais ne sauraient définitivement rejaillir contre la femme qui n'est que

(19) L'action en inopposabilité ouvre donc entre co-contractants l'idée d'un recours éventuel en cas d'éviction. On verra plus tard comment jouera la garantie. (Voir *infra* cette question page 114.)

tiers au contrat. Il importe donc d'étudier maintenant de plus près la solution qu'il y aura lieu d'adopter.

Paragraphe II. — L'action de la femme est-elle une action en annulation ?

Le Code Civil connait deux genres de nullités. Il y a d'abord les actes nuls de nullité absolue : ce sont ceux qui seront anéantis parce qu'ils n'ont pas été effectués en conformité avec des prescriptions impératives de la loi (violation des formes requises) ou qui aurait été faits au mépris de l'ordre public et de la morale. Leur mise à néant a lieu dans le but d'empêcher de graves perturbations sociales.

A côté il y a les actes qui correspondent plus spécialement à un intérêt privé et qui ne demanderont à être annulés qu'en fonction du rétablissement de cet intérêt: il s'agit alors de nullité relative.

En présence de cette double distinction, on est amené à se demander si l'action de la femme peut entrer dans l'une ou l'autre catégorie de nullité.

1°). — *L'action de la femme est-elle une action en nullité absolue ?*

La nullité absolue se caractérise surtout par ce fait qu'étant édictée dans un intérêt public, elle peut être demandée en justice par n'importe qui. Ce qu'il importe avant tout ici, c'est d'anéantir l'acte passé en marge des règles de la morale ou de la loi, et d'empêcher celui qui veut en retirer avantage d'en profiter impunément sans aucune protestation de la part des autres personnes qui, celles-ci, se sont conformées à l'ordre public.

Ainsi est-il permis à quiconque de demander en jus-

tice la nullité d'une donation faite sans l'observation des formes solennelles prescrites par la loi.

On peut alors se demander si ce n'est pas parce que l'action de la femme doit aboutir à une nullité absolue de l'acte frauduleux du mari, qu'il est accordé à l'épouse d'agir elle-même, comme il est d'ailleurs loisible à tout intéressé d'intenter l'action en ce cas ?

Il a été, en effet, soutenu que l'action de la femme en matière de fraude était une action en nullité absolue. Cette théorie a été notamment formulée dans une note au Sirey de 1929 (20) par Mme Béquignon-Lagarde.

Pour Mme Lagarde la fraude du mari apparait

(20) Sous un arrêt de la Cour de Paris du 24 juillet 1928. S. 29-1-97.

« ...Les prérogatives du mari sur les biens communs constituent en réalité moins des droits que des pouvoirs donnés non dans l'intérêt égoïste du titulaire, mais dans l'intérêt des deux époux. Dans l'opinion dominante, en effet, la communauté apparaît comme une « indivision organisée » quelque chose d'analogue à une société qui n'aurait pas la personnalité morale ou à l'association non déclarée (Capitant, de l'indivision qui suit la dissolution de la Communauté, *Rev. Crit. de Législ. et de Jurisp.*, 1929, p. 70, note 8). — Le mari jouit donc d'une situation analogue à celle d'un administrateur de semblable groupement (V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français*. T. 8. « Rég. matrim. », par Nast, p. 581, n° 521). L'acte frauduleux se ramène à un détournement de pouvoir, forme un peu différenciée de l'abus du droit. (V. Ripert, « Abus ou relativité des droits » *Revue crit. de Législ. et de Jurispr.* 1929, p. 57, n° 64). Il s'ensuit alors que les actes qu'il passe avec un tiers de bonne foi sont valables et inopposables à la communauté. Comme tout administrateur infidèle, il est tenu en pareille hypothèse de réparer les conséquence de son acte. (Voir pour le mandataire, Demogue, *Traité des obligations en général*. T. I., n° 103). Mais le créancier de cette indemnité ce n'est pas la femme, c'est la communauté. Le fait que l'abus du droit se réalise par un contrat prend une importance capitale au cas où le mari a traité avec un tiers de mauvaise foi. Le contrat est alors destiné à assurer à ce tiers un bénéfice illicite et immoral aux dépens de la femme. Cette fin poursuivie par les contractants, ce motif déterminant qui leur est commun, constituent la cause illicite et immorale prévue par l'art. 1131 du Code Civil tel au moins que l'interprètent la Jurisprudence et la Doctrine (Josserand, « Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé », n°s 151

comme un aspect spécial de l'abus du droit, le détournement de pouvoir; elle estime que ce détournement de pouvoir prend la forme d'une cause immorale et illicite et qu'en conséquence tous les intéressés peuvent se prévaloir de la nullité : le mari, la femme, le tiers, sans attendre la dissolution de la communauté (21).

Cette thèse est séduisante mais semble de critique facile.

a) Comme tout le monde, le mari peut aussi demander la nullité de l'acte. Or « il est regrettable, en effet, dit M. Lenoan (22), que le mari puisse attaquer des actes qu'il a passés lui-même et qui par la suite ont tourné à sa confusion et dont enfin la femme lui laisserait la responsabilité en renonçant à la communauté ».

b) Un argument plus fort découle encore de la base même donnée à cette théorie : la cause immorale et illicite. En effet l'action de la femme sera une action en nullité absolue aussi bien pour les actes à titre onéreux que pour les donations frauduleusement passées par le mari. Or la théorie de la cause immorale et illicite ne peut entraîner l'annulation de l'acte qu'autant que le but envisagé est poursuivi dans les rapports des parties entre elles et non pas quand il est dirigé contre un tiers (23). Dans le cas présent, cette théorie s'avérerait donc inacceptable puisque les actes frauduleux passés par le mari à son profit ou au profit d'une autre per-

et suiv.). — Capitant, « De la cause dans les obligations », n° 112. Ripert, « La règle morale dans les obligations », 2e édit., n° 3).

L'abus du droit prend donc ici la forme de la cause illicite. Il s'ensuit que l'acte est nul de nullité absolue dont tous les intéressés peuvent se prévaloir... »

(21) Voir aussi Colmet de Santenne et Semante. *T. VI, n° 66 bis.*

(22) Beudant. T. X. Le contrat de mariage, par M. Lenoan. N° 483.

(23) Voir à ce sujet H. Hubert. Note Sirey. 4 déc. 1929. S. 31-1-361.

sonne sont faits à l'insu de la femme et qu'en face d'eux cette dernière doit être considérée comme tiers.

c) Au surplus, si l'action de la femme s'analyse en une action en nullité absolue, cette action ne réglerait pas au mieux les intérêts en présence, notamment ceux des acquéreurs, qui le contrat anéanti, verraient s'évanouir pour eux le recours en garantie contre le mari (24). L'acte frauduleux tombe, en effet, d'abord aux yeux de la femme, ce qui semble parfait, mais ensuite entre toutes les parties contractantes, alors que dans l'action en inopposabilité édifiée sur la maxime « *fraus omnia corrumpit* » les effets de l'acte et éventuellement l'idée de recours de l'acquéreur contre le mari, subsistent. La rigidité de la sanction de la nullité absolue aurait alors des retentissements trop lointains et il a fallu trouver un autre caractère à l'action de la femme pour mieux concilier les intérêts en présence.

2° *L'action de la femme est-elle une action en nullité relative ?*

L'action en nullité relative se caractérise par le fait qu'édictée dans un intérêt particulier, elle peut être demandée en justice par celui-là seul que l'acte a lésé. C'est ainsi que les actes passés par un interdit ou un mineur pourront tomber sur leur demande si ces actes leur sont préjudiciables. Ici ce n'est donc plus l'anéantissement de l'acte qui sera demandé par tout intéressé. Seul celui qui en subit préjudice voit pour lui s'ouvrir

(24) En cas de vente d'immeubles notamment, si le contrat n'existe plus, le tiers acheteur ne peut plus exercer contre le mari vendeur le recours en garantie qu'il détenait du contrat lui-même. C'est une question de restitution qui se pose. Il n'y a que le cas d'acquisition d'un meuble qui semblerait inattaque, du fait de la protection édictée pour l'acquéreur, par l'art. 2279.

une option : ou décider le maintien de l'acte ou en demander la déchéance. L'action en nullité relative est donc avant tout une action en annulation.

Est-ce en face d'une pareille situation que se trouve la femme, victime d'une fraude ? En d'autres termes, doit-on dire que l'action de la femme est une action en annulation du fait que de sa seule décision dépendra le sort de l'acte passé par le mari ?

Des auteurs ont, en effet, soutenu que la femme disposait d'une action en nullité relative en cette matière de fraude. Dès le XIX^e^ siècle, Guillouard (25) disait à propos de l'action en annulation d'une donation frauduleuse : « Si la femme n'a pas concouru à l'acte de donation, la donation n'est pas nulle de nullité absolue. Elle est frappée de nullité relative par rapport à la femme et à ses héritiers s'ils acceptent la communauté ».

Des auteurs plus récents estiment aussi que l'action de la femme est, en cas de fraude maritale, une action en annulation, notamment Baudry-Lacantinerie (26).

Cependant il semble bien que leur thèse ne puisse pas non plus être retenue. C'est qu'en effet, si la nullité relative ne diffère spécialement de la nullité absolue que par : 1° le fait qu'elle ne peut être demandée par tous; 2° qu'elle est confirmable et 3° qu'elle est prescriptible par 10 ans seulement, les effets des deux nullités sont cependant les mêmes. Si la nullité relative ne peut être demandée que par la victime de l'acte préjudiciable, ses effets une fois l'annulation prononcée, se

(25) Voir *Contrat de mariage*. T. 2, p. 207.

(26) BAUDRY - LACANTINERIE - LE COURTOIS et SURVILLE, *Loc. cit.* N° 671. T. I.

révèlent aussi absolus que ceux de la nullité obtenue à la requête de tout intéressé (27).

Ce qui distingue les deux nullités (absolue et relative) ce sont surtout les conditions dans lesquelles elles peuvent être exercées. Dans le premier cas, tout le monde et à n'importe quel moment peut intenter l'action. En cas d'annulabilité, au contraire il y aura lieu de voir si l'action ne sera pas prescrite par 10 ans. Mais dans leurs effets les deux sortes de nullité se ressemblent : l'acte tombe et est anéanti pour le tout.

Dans ces conditions, il est aisé de faire à la théorie de la nullité relative les mêmes reproches qu'à la nullité absolue, notamment en ce qui concerne les droits des acquéreurs du mari. Il faut empêcher avant tout que l'action de la femme ne vienne ricocher trop rigoureusement contre eux. Si à leurs yeux et sur simple initiative de la femme, viennent à s'écrouler les contrats passés avec le mari, on comprend toute l'instabilité des conventions faites durant le mariage et le discrédit qui peut être jeté de ce fait sur toutes les transactions maritales. Cette thèse condamne irrémédiablement les droits d'administration du mari et aboutirait pratiquement à empêcher toute opération juridique avec la communauté de peur de voir la femme en demander l'annulation un jour en arguant d'une fraude : l'intérêt des tiers est alors mal protégé.

Il faut donc allier l'intérêt de l'acquéreur et celui de la femme lésée.

(27) « ...En revanche, la nullité, bien que relative, produit, quand elle est prononcée, tous les effets d'une nullité ordinaire : la donation tombe *erga omnes* au profit de la femme, en sorte que celle-ci peut exiger, sous réserve de l'application de l'art. 2279, la restitution des biens même de la part des sous-acquéreurs du donataire et sans distinguer suivant qu'ils étaient ou non de mauvaise fois... » Marcel Nast, Note sous Civ., 4 déc. 1929. D. 31-1-81.

La théorie des nullités donne bien satisfaction à la femme mais de façon trop brutale et en pleine méconnaissance des autres droits. C'est pourquoi il a fallu chercher un autre caractère à l'action de la femme et l'on a proposé la théorie de l'inopposabilité.

Paragraphe III. — L'action de la femme est-elle une action en inopposabilité ?

L'action en inopposabilité suppose au moins l'existence de trois personnes : 1° l'une, — victime la plupart du temps des agissements des deux autres, — qui a tout intérêt à voir tomber l'acte fait en fraude de ses droits: et 2° les deux autres parties à l'acte qui ont des intérêts différents : *a*) l'instigateur de l'acte, qui le plus souvent agit en fraude des droits de la victime ne saurait se prévaloir par la suite de sa propre faute; *b*) son co-contractant, au contraire, qui peut être de bonne foi et ne doit pas être lésé.

La question se pose alors de savoir quel est l'intérêt qui sera respecté : celui de la victime ou celui du co-contractant de bonne foi ?

La théorie des nullités tranche pertinemment le sujet : le problème est résolu en faveur de la victime et à l'encontre du contractant de bonne foi (28).

La théorie de l'inopposabilité permet au contraire de mieux concilier les intérêts en présence (29).

Du moment qu'il y a eu fraude, celle-ci ne saurait être cause de préjudice à la femme qui n'y a été pour rien et l'acte sera donc non avenu à son égard, mais il n'en demeurera pas moins entre le mari et la personne co-contractante. Si cette dernière a été de bonne foi,

(28) Voir *supra*, nullité absolue, page 104, et nullité relative, p. 106.
(29) Voir les effets de l'action en inopposabilité, p. 100 et 101.

elle en forcera l'exécution par le mari. Si elle a été de mauvaise foi, il restera toujours au mari la ressource de se tirer de cette situation en demandant la nullité de l'acte qu'il a passé sur un autre motif que celui de sa propre fraude (par exemple violence, erreur, etc...). La femme en tout cas ne perdra rien. Il y a, en effet, une échéance normale à tous comptes entre les époux : c'est le jour de la dissolution de la communauté et, ce jour-là, l'épouse a le droit d'exiger la moitié de la totalité des biens communs. Si par exemple sur un actif commun de 200.000 francs le mari a fait donation frauduleuse de 80.000 francs, la femme n'en recevra pas moins 100.000 francs (3).

La théorie de l'inopposabilité offre donc pour la femme l'immense avantage de n'avoir pas à se soucier de l'intention qui a pû guider le tiers dans son acquisition avec le mari. Que celui-ci soit, en effet, de bonne ou de mauvaise foi, l'acte sera non avenu pour la femme et subsistera seulement dans les relations du mari avec son acquéreur. Le principe est donc que le co-contractant est obligé de restituer à la communauté et à la femme l'objet du contrat frauduleux (31). Mais l'acquéreur conserve un recours contre le mari garant de l'exécution de l'acte.

Cette question de l'inopposabilité de la fraude du mari à la femme se rapproche un peu de celle qui envisage la situation du créancier dont le débiteur détruit le gage par malveillance (art. 1167).

(30) La théorie de l'inopposabilité ne suppose donc pas une communauté déficitaire. Sinon, elle ne peut jouer. Voir *infra*, p. 111.

(31) Voir en fait comment ce principe subit des atteintes et comment jouera l'action en inopposabilité de la femme, *infra*. « Jeu la sanction accordée à la femme ». Sect. II, p. 114 et suiv. Le recours existe aussi dans l'action en annulation, mais le contrat en ce cas ne substitue plus cependant.

Il y a cependant entre elles une grosse différence constituée justement par les conditions d'exercice des deux actions :

1°) Dans le cas de l'art. 1167, le créancier ne peut se faire déclarer inopposables que les actes à titre gratuit ou les actes à titre onéreux consentis avec un acquéreur de mauvaise foi.

2°) Dans la situation de la femme, victime de fraude, il n'y a plus à tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi de l'acquéreur. Tout gravite autour de l'idée de fraude.

D'ailleurs on n'hésite plus aujourd'hui à reconnaître dans l'action de la femme une action en inopposabilité. La plupart des auteurs affirment que l'acte du mari n'est pas anéanti en entier mais voit seulement ses effets annihilés aux yeux de la femme. M. Lenoan déclare notamment qu'en cas de donation frauduleuse du mari, l'acte n'existera pas pour la femme mais subsistera dans les rapports du mari et des tiers donataires (32).

La Jurisprudence ne dit pas expressément quel est le caractère de cette action. Elle se borne à dire que ce n'est ni une nullité absolue, ni nne nullité relative. Elle dit cependant (33) que c'est une « nullité simplement relative » et lui donne tous les effets d'une action en inopposabilité.

Au fond cette action ressemble un peu à l'action en nullité relative du moins dans ses conditions d'exercice :

(32) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Loc. cit.* Tome X, par M. Lenoan, n° 492. — En ce sens aussi Nast, note au Dalloz, 1931-1-81. — Hubert, note au Sirey, 1931-1-361.

(33) Voir les attendus de l'arrêt du 4 déc. 1929. Cas. Civ. D. P. 1931-1-81. S. 1931-1-361.

elle ne peut être demandée que par la femme seule ou ses héritiers, c'est-à-dire par les victimes de la fraude. Mais au lieu d'avoir des effets absolus comme la nullité relative, l'action en inopposabilité n'entraîne que des effets relatifs puisque l'acte subsiste dans les relations entre co-contractants. C'est peut-être à ce caractère de relativité dans ses effets que s'est attachée la Jurisprudence pour dire que l'action donnée à la femme est une « nullité simplement relative ». Toujours est-il que cette action n'en est pas moins une action en inopposabilité, sans en avoir le nom, et sans le dire expressément les tribunaux le montrent assez par les décisions qu'ils prennent à cet égard (34).

Il est cependant facile d'envisager le cas ou l'action en inopposabilité de la femme peut se confondre ou se rapprocher singulièrement de l'action en nullité relative même dans ses effets. C'est le cas où la consistance des biens communs a été réduite à néant par suite d'une destruction systématique de la communauté par le mari. La femme alors ne peut arriver à faire rétablir l'équilibre rompu à son insu puisqu'il n'y a plus rien. De même si l'acte subsiste entre parties le bénéficiaire de l'acte ne peut se retourner contre le mari pour le forcer à exécuter son engagement sinon il se trouve lui aussi en présence d'une carence absolue. On arrive alors pratiquement aux mêmes conséquences que celles de l'acte nul de nullité relative : aucun effet entre parties, aucun effet à l'égard des tiers.

Le fait que l'action de la femme est une action en inopposabilité conduit à deux conséquences très importantes, notamment au point de vue de la prescription

(34) Cas. Civ., 4 déc. 1929, *loc. cit.* — Req., 27 janv. 1930. D. H. 1930-113. S. 1932-1-97, note Hubert. — Valence, Trib. Civ. 9 juin 1925, G. P. 25-2-457.

et au point de vue de l'effet qu'elle aura à l'égard des autres victimes de la fraude.

1°) *Prescription de l'action de la femme.*

L'action en nullité relative se prescrit par 10 ans et passé ce délai, du jour de la dissolution de la communauté, il ne serait plus possible à la femme ou à ses héritiers de poursuivre la fraude maritale. Au contraire, l'action en inopposabilité se prescrit comme toutes les actions de droit commun par trente ans. Dès le jour de la dissolution, la femme ou ses héritiers disposent donc de trente années pour intenter leur action contre le mari coupable (35). Ce délai de vingt années supplémentaires peut avoir son importance, spécialement pour les héritiers de la femme, qui le cas échéant après la mort de leur auteur, seront tenus vis-à-vis du mari survivant de beaucoup moins de scrupules que l'épouse sa vie durant (36).

2°) *Effets de l'action à l'égard des autres victimes de la fraude.*

L'acte inopposable, s'il produit effet à l'égard des tiers qui ont demandé sa mise à néant ne réfléchit pas pour cela « *erga omnes* », comme l'acte nul. En l'espèce, seule la femme qui a attaqué la fraude maritale peut se voir déclarer sans effet le contrat passé par le mari.

(35) Voir à ce sujet, HUBERT, dans ses notes. *Loc. cit.*

(36) L'action de nullité absolue se prescrit aussi par trente ans, mais elle réfléchit contre tous les tiers quand l'action en inopposabilité a des effets limités aux parties au procès, comme le montre assez la deuxième conséquence étudiée ci-dessus.

Or, on peut envisager le cas où il a existé diverses communautés successives. Voici un mari qui a perdu sa première femme. La communauté se composait d'un actif net de 100.000 francs en valeurs mobilières impartageables en nature. Le veuf se remarie et la part indivise du mari tombe pour 50.000 francs dans la seconde communauté. Animé d'une pensée de haine à l'encontre de sa seconde épouse et des héritiers de sa première femme, le mari fait don des 100.000 francs de titres qui sont en sa possession à un enfant naturel.

La situation va alors être la suivante : la deuxième femme se jugeant victime d'une fraude pour 25.000 frs, montant de sa part dans la seconde communauté, attaque la donation maritale. Le tribunal se rendra à ses raisons et anéantira l'acte.

Si la sanction accordée à la femme était une action en nullité, la donation du mari tomberait pour le tout et par conséquent à l'égard des héritiers de la première femme qui recouvreraient la part de leur auteur, soit 50.000 francs. Mais l'acte inopposable n'a d'effet qu'entre parties au procès. La donation maritale ne tombera alors que jusqu'à concurrence de 25.000 francs, somme représentant la part de la deuxième femme dans la communauté.

Il appartiendra donc aux héritiers de la première femme, d'attaquer le mari pour leur part et portion par une action distincte, car le premier procès n'a pas d'effet à leur égard. Cette situation rappelle celle des créanciers d'un débiteur malhonnête (art. 1167). L'action en inopposabilité n'a d'effet qu'à l'égard du créancier qui actionne et non contre tous les créanciers (37).

(37) Poitiers, 16 janv. 1862. D. 65-2-79. — Bordeaux, 2 juillet 1890. D. 92-2-440. — Planiol et Ripert, *Traité Elémentaire de Droit Civil.* T. 2, n° 331.

SECTION III

JEU DE L'ACTION ACCORDÉE A LA FEMME

L'adoption de l'action en inopposabilité comme sanction de la fraude maritale a laissé jusqu'ici en suspens toutes les questions inhérentes à la solution définitive du problème.

Les principes qui ont été posés contiennent, en effet, des germes de situations contradictoires: d'un côté l'acte ne doit pas nuire à la femme, d'un autre le contrat subsiste entre les parties intéressées et l'objet aliéné se trouve entre les mains d'un acquéreur qui peut être de bonne foi. Le problème est de savoir si le détenteur actuel du bien sera cependant dépossédé de ce qu'il a acquis sans malice.

Sous un autre angle, la situation se complique du fait que la femme qui accepte la communauté peut seule intenter l'action (38). Or en acceptant la communauté, la femme ne vient-elle pas aux yeux des tiers recouvrir son mari d'une sorte d'amnistie et ne semble-t-elle pas, en ratifiant tacitement tous ses actes, fournir aux tiers acquéreurs une sorte de garantie nouvelle aux actes passés par le mari. Or il est de règle que « qui doit garantie, ne saurait évincer ».

Une telle situation n'est-elle pas de nature à paralyser toute activité de la femme et en définitive devra-t-elle rester la seule victime de la fraude maritale ?

Il importe donc pour avoir un aperçu très complet de la question de la fraude du mari, d'examiner comment se concilieront en définitive les intérêts en présence : c'est l'examen du jeu de la sanction de la fraude.

(38) Supra-introduction, p. 22.

La situation sera différente suivant que le contrat du mari aura porté sur un meuble ou sur un immeuble. Dans le premier cas, en effet, le Code Civil (art. 2279) semble répugner à un changement radical des positions acquises et il y a lieu de distinguer selon que le contrat frauduleux a entraîné l'aliénation d'un meuble ou d'un immeuble.

Paragraphe I. — Le contrat passé par le mari a porté sur l'aliénation d'un meuble

En ce cas, le principe de l'action en inopposabilité, qui veut que l'acte ne nuise pas à la femme, subit une sérieuse entorse du fait de l'article 2279. Cet article dispose : « En fait de meubles, possession vaut titre », et édicte en faveur du possesseur actuel de l'objet un véritable droit de propriété. L'action en inopposabilité qui permet en outre le respect et le maintien de l'acte entre co-contractants, est donc renforcée sur ce point par les prescriptions de cet article.

Manifestement c'est l'acquéreur qui triomphe alors. Il garde par devers lui l'objet qu'il a reçu.

Est-ce à dire que la femme devra accepter ce fait accompli ? Evidemment non. Puisque l'acte lui reste inopposable, c'est au mari d'en supporter les conséquences et ce dernier devra rapporter à la communauté la valeur de l'objet qui en sera sorti. La femme retrouvera ainsi au partage la moitié de la valeur de ce bien.

Mais est-ce à dire que la femme sera toujours victime de cette situation ? Il apparaît, en effet, que l'article 2279 ne s'applique qu'au cas où le tiers possède de bonne foi. Si l'acquéreur est de mauvaise foi, la

femme aura donc le droit d'exiger la restitution du meuble à la communauté.

Manifestement on se trouve en présence d'une nouvelle distinction qui rappelle celle de l'action en inopposabilité de l'article 1167 en cas d'aliénation à titre onéreux : celle de la bonne ou de la mauvaise foi de l'acquéreur du meuble, condition « *sine qua non* » d'application de l'art. 2279. Il a été vu, en effet (39), qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de l'intention qui avait guidé le co-contractant, lorsque l'action était basée sur la maxime « *fraus omnia corrumpit* » et que seule la preuve de la fraude elle-même importait.

Doit-on dès lors rejeter ce qui a été dit à ce sujet puisqu'en l'occurrence, il doit être fait une distinction qui a été reconnue inutile ? Non, car la situation diffère ici : la femme ne puise pas, en effet, dans son action le droit d'établir la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur; elle n'aura à faire cette preuve que parce qu'elle se heurte en cas d'aliénation d'un meuble à l'article 2279, dont les dispositions impératives paralysent l'action en exigeant d'elle pour avoir gain de cause l'établissement de la mauvaise foi du co-contractant.

D'ailleurs la question de savoir si l'acquéreur est de bonne ou de mauvaise foi apparait comme secondaire... Il est difficile à la femme de faire cette preuve et l'on peut simplifier toute cette discussion en disant qu'en fait, en cas de fraude maritale portant sur un objet mobilier, l'acquéreur sera préféré à la femme. Ce dernier se retranchera derrière la présomption de l'article 2279 et triomphera le plus souvent en raison de la situation privilégiée dont il jouit à l'encontre de la femme obligée de faire une preuve souvent impossible à fournir.

(39) *Supra*, p. 98.

Paragraphe II. — Le contrat passé par le mari a porté sur un immeuble

Le recours en cas d'aliénation d'immeuble ne sera pas à envisager sous le même aspect suivant que le contrat aura été une donation ou qu'il aura été passé à titre onéreux.

§ I. — *L'acte dont a bénéficié le co-contractant est une donation.*

L'action de la femme ne pouvant s'exercer qu'en cas d'acceptation de la communauté, il est normal de se reporter au moment du partage pour décider du sort qui sera fait à l'immeuble donné.

On connaît déjà la solution qui a lieu en matière de legs (40) : si l'objet du legs est tombé dans le lot de la femme, celle-ci a la faculté de conserver cet objet à charge par les héritiers du mari de désintéresser en valeur le légataire. Cette solution doit-elle être étendue en matière de dons ?

Certains auteurs ont affirmativement résolu la question, peut-être par analogie avec la situation précédente (41). Une certaine jurisprudence a même consacré cette opinion et un arrêt très suggestif de la Cour de Nancy du 17 mai 1861 (42) déclarait que le mari ou ses héritiers sont tenus d'indemniser le donataire de l'immeuble commun pour la totalité du bien donné. Les partisans de cette thèse ajoutent aussi que c'est là un moyen très efficace de faire retomber sur le véritable

(40) *Supra*, page 55.

(41) Aubry et Rau, *loc. cit.*, VIII. § 509, texte et note 16. — Colin et Capitant. III. Loc. cit., p. 138. — Guillouard, *Loc. cit.* T. 2., n° 708.

(42) S. 61-2-473.

auteur de la fraude, les conséquences de l'acte qu'il a passé : le mari fraudeur par le recours du donataire contre lui, supporte en définitive les frais de ses largesses.

Cependant cette opinion ne semble pas être celle de la majorité de la Doctrine. C'est qu'en effet, un argument par analogie ne suffit pas, non plus qu'un argument d'équité.

On prétendrait en vain que le donateur doit fournir garantie de son fait personnel, c'est-à-dire qu'il s'engage lui-même à ne pas troubler le donataire. Cette dette du mari devenant dette commune (puisque toute dette du mari est dette de communauté), on pourrait ajouter que la femme de par son acceptation, devient co-garante avec son mari et s'engage ainsi à ne pas inquiéter le bénéficiaire du don.

Il reste cependant que ce raisonnement se révèle inacceptable sans quoi il est impossible à la femme d'attaquer désormais la fraude du mari. En acceptant au contraire la communauté, la femme ne renonce à aucun de ses droits puisque c'est précisément à ce moment seul qu'elle peut les exercer.

D'ailleurs la dette du mari devenue dette commune ne saurait être aggravée : elle doit rester ce qu'elle est, c'est-à-dire un strict engagement de la part du donateur de ne pas inquiéter le bénéficiaire. Cet engagement du mari n'est pas un engagement de la femme qui est restée tiers au contact.

A ce titre, on reconnaît en général à la femme le droit de méconnaître les effets de la donation à son encontre et de nombreux auteurs, s'inspirant de ces principes, refusent au donataire évincé du fait de l'épouse, le recours en garantie contre le mari auteur de la dona-

tion. En la matière, c'est l'application pure et simple des règles propres à toute donation et ce ne sera qu'en cas d'éviction du chef de son auteur que le bénéficiaire aura le droit de demander des comptes au mari coupable (43).

§ II. — *L'acte dont a bénéficié le co-contractant est un acte à titre onéreux.*

Dans les actes à titre onéreux, la garantie fournie est plus étendue qu'en matière de donations. Un vendeur n'est pas tenu seulement de la garantie de son fait personnel : il doit en outre fournir à son acheteur un bien qui ne saurait être l'objet d'aucune revendication de la part d'un tiers quelconque.

Le mari dès lors en cas d'aliénation d'un immeuble de la communauté s'engage à intervenir et à répondre le cas échéant de toutes contestations élevées à l'encontre de son contrat.

La femme exerçant son action, l'acheteur pourra donc exercer son recours contre le mari. L'obligation du mari de fournir garantie en raison des troubles causés par les tiers est une dette personnelle qui va tomber en communauté et cette dette obligera la femme à son tour, d'autant plus que par l'acceptation de la communauté, elle peut être tenue pour co-garante avec son mari.

La question se pose de savoir alors si la femme peut cependant inquiéter l'acheteur ?

Il existe, en effet, une règle traditionnelle que Pothier formulait dès l'Ancien Droit en cette célèbre for-

(43) En ce sens, Baudry-Lacantinerie-Le Courtois et Surville, *Loc. cit.* I., n° 672. Wahl, sous une note au Sirey, 1899-2-73. Planiol, Ripert et Nast, *Loc. cit.* T. VIII, page 601 et n° 535.

mule « *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Qui doit garantie, ne saurait évincer » (44).

Plusieurs systèmes ont essayé de donner une solution à ce problème.

1°) *Une première théorie,* assez ancienne, a prétendu que la femme n'était tenue que de la moitié de la garantie, le mari restant tenu de l'autre moitié et qu'en conséquence, il lui était possible de revendiquer la moitié de l'immeuble aliéné (45).

Mais cette opinion se heurte à l'indivisibilité de l'action et de l'exception en garantie qui est une règle absolue et une seconde thèse s'inspirant de cette idée a été alors proposée.

2°) *Dans ce second système,* il ne sera pas possible à la femme d'intervenir en cas de fraude. L'indivisibilité de l'exception en garantie paralyse l'action de la femme pour le tout, et non seulement pour moitié. Par la suite, celle-ci ne pourra pas agir même pour moitié (46).

Cette théorie se révèle trop absolue et trop rigoureuse pour la femme. Elle est d'ailleurs condamnée irrémédiablement par la Jurisprudence qui accorde à la femme le droit de poursuivre toute fraude maritale en dépit des arguments émis par les partisans de l'idée que « la femme co-garante ne saurait évincer ».

(44) Pothier, *Obligations,* n° 165.

(45) Pothier, *Traité de la Communauté,* n° 179. — Toullier, *Loc. cit.* T. 12, n° 226. — Troplong, *Contrat de mariage,* T. 2, n° 987 et Vente, T. I, n° 463. — Demante et Colmet de Santerre, *Loc. cit.* T. 6, n° 71 *bis.* — Laurent. T. 22, n° 152 et suiv., *loc. cit.*

(46) Baudry-Lacantinerie et Surville, *loc. cit.* T. I, n° 754. — Dissertation de M. Lacoste. *Sir.* 1894-1-40-, notes 1-4.

En définitive la femme aura deux solutions en cas de fraude portant sur un immeuble :

a) ou bien accepter le principe de la fraude et demeurer somme toute la seule victime de l'acte répréhensible de son mari.

b) ou exercer son action. La procédure se divise alors en deux phases : 1°) on assiste d'abord à une véritable action en revendication de la femme co-propriétaire de l'immeuble, et après avoir actionné l'acquéreur et s'être fait déclarer le contrat inopposable, elle fera rentrer le bien dans le patrimoine commun. 2°) l'acheteur évincé se retourne contre son vendeur, en vertu de l'action en garantie qui lui est échue de la vente et se fera rembourser la valeur du bien qu'il a perdu, avec allocation de dommages-intérêts (47).

Mais ce recours suppose un état de solvabilité suffisant du mari. Il peut arriver qu'au moment de l'action en garantie exercée par l'acheteur, la communauté soit obligée de désintéresser l'acquéreur évincé, en vertu du principe que si toute dette de la communauté est dette du mari, toute dette du mari est aussi dette de la communauté.

On aboutit alors à cette situation : si la communauté a recouvré son immeuble, elle a été obligée d'en décaisser la valeur. Si bien qu'en cas d'insolvabilité du mari, c'est la femme qui devient victime de la fraude. C'est seulement si l'époux fraudeur est solvable qu'il subit en fait les conséquences de son acte malhonnête. Si sa dette est devenue momentanément dette commune, les comptes seront rétablis entre les époux au moment du

(47) Il est de règle, en matière d'éviction d'accorder des dommages-intérêts, quand le trouble est venu volontairement du co-contractant.

partage. La femme alors fera computer entièrement dans la part du mari la valeur de l'immeuble versée à l'acheteur évincé. Il est normal, en effet, que, le véritable auteur de la fraude paie en définitive les fautes qu'il a commises.

DEUXIÈME PARTIE

De la fraude du mari après la dissolution de la communauté

1. — L'étude de la fraude maritale ne serait pas complète si elle se bornait seulement à l'analyse de la fraude commise durant l'existence de la communauté.

Celle-ci cessant dès la survenance de certains faits (mort, absence), il importe alors que chacun des époux ou ses héritiers recouvrent la part de bien qui leur revient. En un mot il faudra liquider la communauté.

Tant que la situation ne sera pas nette, tant que la femme n'aura pas la libre administration de sa part de biens communs, on peut toujours craindre une fraude de la part du mari. Dès lors, la fraude peut se produire après la dissolution de la communauté tant que celle-ci ne sera pas liquidée, c'est-à-dire tant que les biens n'auront pas été répartis entre les époux.

Après la fraude dans l'administration des biens communs, le mari peut profiter des tout derniers instants précédant le partage de ces biens pour s'emparer de ceux-ci en totalité ou en partie.

On voit ainsi apparaître la possibilité d'une fraude

après la dissolution de la communauté pour le mari qui essaie de distraire de la masse partageable un objet ou une quantité de biens : c'est une variété spéciale de fraude que le Code Civil connaît sous le nom de recel ou divertissement.

2. — Mais voici qu'une instance en séparation de corps ou en divorce est engagée par l'un des époux. La dissolution de la communauté est faite sous condition résolutoire de réconciliation ou de rejet de la demande. Le mari va s'efforcer durant cette période d'attente d'accaparer le plus de biens communs possible. La loi considère alors que les situations des époux sont déjà indépendantes l'une de l'autre et que la communauté est déjà dissoute. Il faudra donc en ce cas étudier les moyens offerts à la femme pour préserver sa part qui reste toujours entre les mains de son mari.

L'étude de la fraude après la dissolution de la communauté comprend donc deux questions :

I. — Fraude dans le partage par recel ou divertissement.

II. — Fraude pendant une instance en séparation de corps ou en divorce.

TITRE I

Fraude par recel ou divertissement

On sait que tout partage des biens communs est précédé d'un inventaire : il est nécessaire, en effet, de connaître la consistance des biens à répartir. De plus, cet inventaire, dont le Code a fait une obligation à la femme qui veut invoquer son bénéfice d'émolument, doit être dressé dans les trois mois qui suivent la dissolution de la communauté (article 1456).

L'établissement de l'inventaire s'avère donc nécessaire en fait et en droit.

Or il peut arriver qu'au moment de l'inventaire le mari, habilement, dissimule un bien quelconque de la communauté, et par conséquent, réussisse à ne pas le faire entrer en ligne de compte dans le partage. C'est la forme la plus fréquente de fraude durant la liquidation de la communauté.

Ce n'est plus un acte juridique, telle une vente ou une donation, que fait le mari, acte dont la femme aura le pouvoir de faire prononcer la nullité.

C'est un fait juridique de détournement qu'il commet en cachant un objet quelconque durant l'inquisition contradictoirement faite par un notaire. L'objet ainsi

dissimulé n'est point retenu ni mentionné à l'inventaire; il ne saura donc être produit au partage par la suite. Si la femme ne soupçonne pas son existence, le mari se l'attribue en entier, sachant cependant qu'il n'y a droit que pour moitié.

Mais, au contraire, si la femme a connaissance du détournement, peut-elle faire punir son mari et de quelle manière ce dernier sera-t-il puni ?

Le Code connaît cette particularité de fraude dans le partage sous les noms de recel et de divertissement et l'article 1477 édicte la sanction du recel: « celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets de la communauté, est privé de sa portion dans les dits effets ».

Il y a lieu évidemment de n'envisager ici que la situation de la femme en présence d'un recel commis par le mari dans le partage des biens communs. Si l'article 1477 parle de « celui des époux » et consacre ainsi la possibilité pour la femme de se rendre également coupable de cette sorte de fraude, il reste que si la théorie générale est la même pour les deux époux, seul l'aspect unilatéral qu'elle peut avoir aux regards de la femme intéresse ici, le but de cet ouvrage étant avant tout de traiter de toute espèce de fraude maritale.

Il faut, par conséquent, pour étudier le recel et le divertissement, les envisager sous les mêmes aspects que la fraude pure et simple, c'est-à-dire d'en établir : 1° La nature. — 2° La sanction.

CHAPITRE PREMIER

Nature du recel et du divertissement

Le recel et le divertissement ne se rencontrent pas seulement en matière de communauté. Du fait qu'ils s'analysent en une particularité de fraude dans le partage, on ne doit pas s'étonner de les retrouver en matière de succession au moment de la répartition des biens entre les co-héritiers et l'article 792 édicte contre l'héritier receleur d'un bien successoral la même peine que celle dont l'article 1477 punit l'époux coupable.

Mais la même sanction étant applicable au recel et au divertissement (article 792 d'une part et article 1477 de l'autre), doit-on déduire de là que ces deux termes désignent un même acte ? De plus le recel et le divertissement étant un genre particulier de fraude, quels sont les traits communs qui permettront de les distinguer de la fraude proprement dite que l'on rencontre pendant le mariage et qui a été étudiée dans la première partie de cet ouvrage.

Ces deux questions feront utilement le plan de l'étude de la nature du recel et du divertissement.

SECTION I

DIFFÉRENCE ENTRE LE RECEL ET LE DIVERTISSEMENT

On emploie divers termes pour qualifier la fraude dans le partage. On parle du recel et du divertissement.

On trouve même dans l'Ancien Droit un autre mot : celui de recelé qu'a d'ailleurs reproduit dans le Code Civil l'article 801, en matière de dissimulation dans un partage successoral.

Il y a lieu d'assimiler le recel et le recelé. Mais y a-t-il une différence entre le recel et le divertissement ?

Dès l'Ancien Droit, on a fait une distinction entre les deux termes. Cependant, il n'existe guère entre les deux espèces de fraude qu'une différence de forme : la dénomination spéciale de chacune d'elles n'a, en effet, pas grande importance, puisque, au fond, une sanction identique leur est applicable.

Lebrun disait que le recel « est l'action de détourner un objet de la masse commune » et le divertissement « l'action de cacher ce bien pour le divertir ou de le divertir en le cachant » (1).

Pothier ne faisait pas de distinction entre le recel et le divertissement. Il ignorait le terme divertissement et parlait seulement du recel qu'il définissait « l'omission malicieuse que le survivant a faite dans son inventaire de quelques effets *corporels* ou de quelques titres des biens et droits de la communauté dans la vue d'en dérober la connaissance aux héritiers du prédécédé et de les priver par ce moyen de la part qu'ils ont droit de prétendre à titre de communauté dans les dits effets ».

(1) Lebrun, *Communauté*. Livre III. Tome I. Chapitre II. Section I.

Et il ajoutait que le caractère du recel n'échappe pas notamment quand « les objets détournés du lieu où ils étaient ont été apportés hors de la maison et cachés en quelque coin » (2).

Lebrun et Pothier ont tous deux la même conception du recel qui consiste pour eux en l'omission volontaire de comprendre un objet matériel dans la masse commune.

Pothier n'ignore pas non plus le sens du mot divertissement tel qu'il est défini par Lebrun.

Pour lui, en effet, le recel est également le détournement et la dissimulation « en quelque coin » d'un objet à partager. C'est ce dernier acte que Lebrun appelle divertissement.

Rapprochant ces deux opinions, et ce, pour donner un sens particulier à chacune des deux expressions, on en arrive à dégager que le recel est plus spécialement la fraude au moment de l'inventaire et le divertissement, la fraude par détournement d'objets inventoriés.

Cependant cette distinction n'a plus guère qu'un intérêt historique. Pothier et Lebrun avaient chacun leur opinion au sujet des deux termes. De nos jours il n'y a plus lieu de faire la distinction entre le recel d'une part et le divertissement de l'autre.

En fait, on emploie souvent et indifféremment les deux expressions à l'un ou à l'autre cas, car elles ont le même résultat pratique : faire perdre à l'époux coupable sa part dans l'objet diverti ou recelé.

Mais cet objet diverti ou recelé peut-il être autre chose qu'un objet matériel ?

Verra-t-on, par exemple, un recel ou un divertisse-

(2) Pothier, *Communauté*, n° 688.

ment dans la reconnaissance par le mari d'une dette fictive au profit d'un tiers complaisant qui se constituerait en créancier présumé de la communauté ?

Au sens de l'Ancien Droit, il ne le semble pas : il faut une appréhension et un détournement d'objet matériel, un déplacement physique. Lebrun parle d' « objet »; Pothier parle d' « effet corporel », de « titres de biens ».

Mais si les auteurs de l'Ancien Droit ont seulement pensé au détournement matériel lorsqu'il s'agissait de recel, c'est que jamais la Jurisprudence des Parlements n'eut à connaître d'un détournement fictif par création simulée d'une créance sur la communauté.

Depuis le Code Civil, ce cas s'est présenté très souvent et aujourd'hui la Jurisprudence estime que non seulement le recel peut résulter d'une omission à l'inventaire, — ce qui a lieu nécessairement lorsqu'il y a détournement matériel, — mais encore de toute fraude ayant pour but de porter atteinte à l'égalité du partage, telle notamment une vente ou une quittance simulée, la suppression d'un titre d'acquisition (3).

Tout récemment la Cour de Cassation a encore confirmé cette opinion (4). Elle dit notamment que « le divertissement et le recel n'impliquent pas nécessairement un acte matériel et effectif d'appropriation : ils résultent de l'emploi de procédés ayant pour but de frustrer frau-

(3) Requêtes, 5 avril 1832. — Requêtes, 10 décembre 1835. — Requêtes, 27 novembre 1861. D. P. 62-1-74. — Civile, 23 août 1869. D. P. 69-1-456. — Requêtes, 27 mai 1872, — D. P. 73-1-463 et surtout Requêtes, 13 août 1873. — D. P. 74-1-425 avec le rapport du Conseiller à la Cour de Cassation Guillemard. — Colmar, 6 avril 1813. — Poitiers, 17 juillet 1860. — D. P. 60-2-195. — Amiens, 2 juin 1869. — D. P. 69-2-181. — Pau, 24 janvier 1872. — D. P. 73-2-101.

(4) Cassation Civ., 5 décembre 1932. G. P. 1933-1-405.

duleusement un des époux de sa part de communauté » (5).

La Doctrine est aussi en ce sens. Aubry et Rau s'expriment ainsi : « Toute manœuvre déloyale, toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité du partage constitue un recelé ou un divertissement, quels que soient les moyens ou les procédés employés » (6). D'autres auteurs partagent cette façon de voir (7). Plus récemment, Colin et Capitant définissent le recel « toute manœuvre frauduleuse en vue de frustrer un époux de tout ou partie des biens de la communauté » (8).

On peut dire également aujourd'hui que la dette fictive est un détournement, donc un recel ou un divertissement, par assimilation et rapprochement avec l'art. 591 du Code de Commerce :

« Sera déclaré banqueroutier frauduleux et puni des peines du Code Pénal, tout commerçant failli qui aura soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou qui par ses écritures, soit par des actes publics et engagements sous signature privée, soit par son bilan, *se sera reconnu frauduleusement débiteur de sommes qu'il ne devait pas* ».

Cet article, édictant la peine qui frappera le banqueroutier frauduleux, sans se soucier de savoir si la

(5) Cependant on trouve des décisions en sens contraire, qui rappellent la théorie de l'Ancien Droit : Requêtes, 21-11-71. — D. P. 73-1-189. — Paris, 19 mai 1870. D. 71-2-40. — Caen, 6 août 1870. D. 71-2-45.

(6) Aubry et Rau, *Droit Civil Français*, 6e édition, Tome VIII, § 519, page 265.

(7) Troplong, *Contrat de mariage*. Tome III, n° 1689. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, 2e édition, t. II. — Planiol et Ripert. Tome IX, par Nast, *n°* 854, page 239. — Baudry-Le Courtois et Surville, *Loc. cit.* Tome II, n° 1166.

(8) Colin et H. Capitant, *loc. cit.* Tome III, n° 640, page 498, 7e édition.

fraude a porté sur un objet matériel ou a consisté en une reconnaissance de dette fictive. — laisse présumer, par analogie, qu'une même sanction doit être appliquée au mari receleur — que ce dernier ait agi par détournement d'un objet physique ou par création d'une créance fictive sur la communauté.

En résumé, on ne fait plus, à l'heure actuelle, de difficultés pour voir un recel dans la création de dettes ou quittances fictives.

La Jurisprudence, tout en laissant au juge du fond le soin d'apprécier souverainement (9), dans chaque cas et suivant les circonstances, si le partage est inégal ou non, a cependant une notion assez fixe du recel et du divertissement.

Elle qualifie de recel « tout acte frauduleux qui a pour but de rompre l'égalité du partage (10) au détriment du conjoint ou ses co-héritiers », que cet acte soit un détournement matériel ou une soustraction frauduleuse par création de titres fictifs.

On retrouve cette idée dans de nombreux arrêts (11). On lit notamment, en note, sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 24 décembre 1924 : « La formule de l'arrêt

(9) Req., 1er mars 1920. D. 21-1-38. — 29 nov. 1922. D. 23-1-43. — 19 oct. 1925. D. H. 1925, p. 574.

(10) A noter toutefois que toute fraude commise à l'occasion du partage et dirigée non plus contre le conjoint ou les héritiers, mais contre les tiers et notamment le fisc, ne saurait constituer un recel ni, par conséquent, faire encourir à son auteur les peines de l'article 1477 en matière de communauté ou de l'article 792 en matière successorale. Voir Requêtes, 2 février 1924. D. H. 1924, page 247.

(11) Requêtes, 14 décembre 1859. D. P. 59-1-191. — Civile, 17 mai 1869. D. P. 69-1-338. — Ch. Civile, 11 juillet 1893. D. P. 93-1-561. — Sirey, 94-1-219. — Civile, 30 mars 1898. S. 98-1-489. — Requêtes, 15 novembre 1911. S. 12-1-111, et plus récemment Requêtes, 1er mars 1920. D. P. 21-1-38. — Req. 28 juillet 1920. S. 21-1-174. — Requêtes, 29 novembre 1922. D. P. 23-1-43. — Cassation, 24 décembre 1924. D. P. 25-1-87, note Vialleton. — Requêtes, 28 octobre 1925. G. P. 26-1-37.

d'après laquelle le divertissement ou le recel consistent dans « tous actes frauduleux qui ont pour but de rompre l'égalité du partage au détriment des co-héritiers » se retrouve dans tous les arrêts depuis un arrêt de la Chambre Civile du 11 juillet 1893. (D. P. 93-1-561) » (12).

Primitivement, certains arrêts avaient semblé exiger que les actes constitutifs de recel et de divertissement répondissent à la définition du vol. Cette assimilation de la loi civile à la loi pénale (13) n'était commandée par aucun texte. C'est pourquoi la Jurisprudence a aujourd'hui une conception très large du recel et du divertissement.

SECTION II

DISTINCTION ENTRE LA FRAUDE TELLE QU'ELLE SE PRODUIT DURANT LA COMMUNAUTÉ ET LE RECEL ET DIVERTISSEMENT

Le recel étant une variété de fraude, on se demandera, à prime abord, pourquoi on veut établir cette nouvelle distinction. C'est qu'il s'agit d'opposer le recel et le divertissement, tels qu'ils viennent d'être étudiés, à la fraude spéciale du mari durant la communauté.

L'intérêt de la distinction entre la fraude proprement dite, étudiée dans la première partie de cet ouvrage, et le recel ou divertissement découle, en effet, de la différence dans la sanction applicable à chacun de ces actes.

En matière de fraude, l'acte du mari peut être annulé sur la demande de la femme, alors qu'en matière de

(12) Doctrine en ce sens : Josserand, *Traité de Droit Positif Français*. Tome III, n° 341, page 130. — Planiol, Ripert et Nast. Tome IX, n° 854, page 234.

(13) Voir Civile, 6 novembre 1855. D. P. 55-1-434.

recel, la peine qui sanctionne la faute du mari consiste en la privation, pour ce dernier, de sa part dans l'objet soustrait.

Aussi, dans chaque cas particulier, les juges saisis du procès devront connaître exactement la nature de l'acte pour en déterminer la sanction.

La nécessité de la distinction entre la fraude et le recel s'impose donc, mais pour établir cette distinction, sur quel critère s'appuiera-t-on ?

On a déjà vu que le recel ou divertissement se produit le plus souvent au moment de la dissolution de la communauté et lors de l'inventaire et du partage. On sait, par ailleurs, que c'est spécialement pendant les années de vie commune que l'on rencontre des actes de fraude de la part du mari.

Ce simple critère attaché au temps est-il suffisant pour distinguer la fraude du recel ? En d'autres termes suffira-t-il de constater qu'il existe des actes répréhensibles au moment du partage pour dire que l'on se trouve en présence de recels ?

L'on constate que si le recel se produit le plus souvent au moment de l'inventaire et du partage, il peut aussi se rencontrer au cours de la communauté. Il suffit pour cela que l'acte soit exécuté dans l'intention de fausser la liquidation future de cette communauté.

C'est ce que déclare la Cour de Douai dans un arrêt du 28 octobre 1929 (14), qui mentionne notamment que la femme ne commet pas un divertissement en empruntant des valeurs communes pour vivre avec un amant, mais un vol au préjudice de son mari, puisque jamais elle n'a eu, au cours de son acte, l'intention de modifier la liquidation éventuelle de la communauté.

(14) Recueil des Arrêts de la Cour de Douai. Année 1929, p. 303.

Antérieurement à cet arrêt, la Jurisprudence avait déjà déclaré le recel possible avant toute dissolution de la communauté.

La Cour de Poitiers, dans un arrêt du 17 juillet 1860 (15), avait décidé que le mari qui, durant la communauté et en vue de sa dissolution, donnait une quittance simulée à un débiteur pour s'approprier une créance commune, simulait une vente d'un immeuble conquêt ou détruisait les titres d'acquisition d'un immeuble, se rendait coupable d'un divertissement (16).

Les auteurs sont également d'accord sur ce point, notamment les plus modernes d'entre eux.

C'est ainsi que Planiol et Josserand affirment qu'il est possible à un époux de se rendre coupable de recel ou de divertissement, même avant toute soustraction frauduleuse au moment du partage, s'il laisse percer l'intention, au moment de son acte, de modifier l'attribution des parts futures à la dissolution de la communauté (17).

Le critère du moment où se passe l'acte répréhensible du mari est donc insuffisant et il a bien fallu que la Jurisprudence s'attachât, pour distinguer la fraude du recel, à un moyen nouveau : l'analyse subjective des deux actes.

On sait déjà ce qu'il faut entendre par fraude dans le sens spécial où elle a été étudiée pendant la communauté (18) et par recel (19).

(15) D. P. 60-2-195.

(16) Même sens : Requêtes, 5 avril 1832. — Cass. Civ., 10 juillet 1913. — Sirey, 14-1-347. — Requêtes, 1er mai 1920. D. 21-1-38. — Trib. Civ. Cambrai, 7 avril 1910. D. 12-2-270.

(17) Planiol et Ripert, *loc. cit.* Tome IX, par Nast, n° 854. — Josserand, *Traité Positif de Droit Civil Français.* Tome III, n° 354.

(18) Titre I de cet ouvrage.

(19) Titre II, Section I de cet ouvrage.

En rapprochant les deux notions, on constate que la fraude semble plus difficile à analyser et à saisir que le recel ou le divertissement.

La fraude se dissimule surtout derrière un acte juridique normal — donation ou vente — et se révèle le plus souvent par l'intention mauvaise qui y préside.

Le recel ou le divertissement, au contraire, s'aperçoit plus facilement dès l'abord parce qu'il y a un élément matériel et frappant qui n'échappe pas : la soustraction d'un bien ou l'appréhension sur un objet. Mais à côté de cet élément matériel, qui ne se rencontre pas dans la fraude, il y a aussi une intention malveillante qui est la cause de la soustraction (20).

C'est cette intention qui permet de rapprocher le recel de la fraude.

L'élément frauduleux se rencontre donc dans les deux actes, et, en matière de recel, il s'avère nécessaire pour que puissent être appliquées les peines prévues par les articles 1477, 792 et 801. Un jugement du Tribunal Civil de Reims, en date du 6 décembre 1929 (21) est très suggestif à cet égard.

Le recel apparaît alors comme quelque chose de plus complexe que la fraude. Cette dernière s'analyse le plus souvent en deux éléments : l'élément matériel, celui qui apparaît dès l'abord (la soustraction de l'objet de la masse partageable), et l'élément intellectuel qui est une

(20) « Le recel et le divertissement n'existent que s'il y a mauvaise foi de la part des époux : ils impliquent l'intention frauduleuse ». — JOSSERAND. Tome III, n° 241, page 130.

(21) G. P., 1930-1-256. « Attendu qu'une des conditions indispensables pour l'application des articles 792 et 801, c'est l'existence d'une fraude, d'une intention frauduleuse... »

intention de nuire en s'appropriant personnellement, en tout ou en partie, un bien commun (22).

On voit donc par là que le recel peut devenir le complément naturel de la fraude : l'élément intellectuel sera le même dans les deux cas et l'élément matériel du recel viendra s'y ajouter.

Quelques exemples suffisent à illustrer cette thèse : Un mari se propose de nuire à sa femme au moment du partage; il cherche durant la communauté un complice bienveillant et se fait, en sa qualité de chef de la communauté, reconnaître comme débiteur de ce tiers : il signe des billets de reconnaissance de dettes et se laisse assigner en paiement. Un jugement est rendu qui condamne le mari et la communauté à rembourser le tiers complice.

Jusqu'ici, il y a eu intention mauvaise. Si le mari s'en tenait là, on ne pourrait analyser l'opération qu'en une fraude. Mais s'il laisse le tiers complice tenter un commencement d'exécution du jugement rendu pour aboutir à une soustraction, hors de la masse partageable, du montant des billets, on dira qu'il y a alors recel ou divertissement.

C'est ainsi que la Jurisprudence est unanime à voir un recel dans une inscription hypothécaire prise sur les biens communs par le complice, à l'instigation du mari, en vertu du jugement intervenu dans les conditions ci-

(22) Planiol et Ripert, *loc. cit.* Tome IX, n° 762, par 120, par Nast.

On dira aussi que la fraude contient ces deux éléments. C'est exact, mais l'élément matériel du recel est plus remarquable car s'analyse en une appréhension, un accaparement. Le receleur semble calculer en plus que la proximité du partage favorise à merveille ses desseins et que la liquidation effectuée, il pourra jouir en paix de son larcin. C'est cette complexité et cette nuance spéciales dans l'intention frauduleuse et l'acte matériel à la fois qui distingue vraiment le recel de la fraude.

dessus décrites ou encore dans une saisie-arrêt pratiquée en vertu d'un tel jugement, laquelle saisie-arrêt, une fois validée, permettra au complice et, par conséquent, au mari de retirer de la masse partageable la valeur de la somme, objet de la condamnation (23).

En résumé, la discrimination de la fraude simple et du recel qui s'imposait à cause de la sanction différente des deux actes, paraît désormais facile.

Il suffira d'analyser l'acte : si ce dernier laisse apparaître un semblant d'exécution qui doit normalement aboutir à une soustraction de bien, hors la masse partageable, à la liquidation de la communauté on se trouvera en face d'un recel; au contraire, si l'acte accompli ne semble pas être suivi d'une mesure d'exécution ultérieure, il sera simplement réputé frauduleux, donc annulable.

(23)Cassation, 5 août 1868. D. 73-1-106. — Cassation, 13 août 1873. Req. 74-1-425. — Paris, 26 novembre 1864.

CHAPITRE II

Sanction du recel et divertissement

C'est l'article 1477 qui édicte la sanction du recel et du divertissement : « Celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques objets de la communauté est privé de sa portion dans les dits effets ».

On rapproche souvent cet article de l'art. 792 du Code Civil qui vise le recel successoral : « les héritiers qui auraient diverti ou recelé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer : ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés ».

Il existe cependant une différence entre les deux recels. Les deux articles ne sont pas libellés de la même façon et il apparaît nettement qu'en matière successoral, l'héritier receleur est puni plus sévèrement que le mari qui se rend coupable du même délit.

On sait qu'au moment du partage successoral, l'héritier a un droit d'option qui lui est conféré par la loi : il peut renoncer à la succession, il peut l'accepter purement et simplement ou il peut enfin l'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Si l'héritier s'est rendu coupable de recel, il perd sa faculté d'option et il est réputé acceptant pur et simple. De ce fait il sera tenu des dettes de la succession au besoin sur son propre patrimoine. Mais il lui échoit en

outre une pénalité particulière et du chef même du délit qu'il a commis : il perd sa part dans l'objet diverti.

Le mari au contraire, n'a aucun droit d'option. Il a été durant la communauté le seul gérant des biens qui la composaient. Il n'aura pas à la dissolution de celle-ci à faire savoir ce qu'il pense de sa propre gestion : il en supportera les risques comme il bénéficiera des gains réalisés. C'est une application stricte de la fameuse maxime : « *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* ».

Le seul point commun à la punition impartie à l'héritier et au mari receleurs consiste donc dans la privation qui leur est faite à tous deux de leur part dans l'objet qu'ils ont caché.

Mais cet objet peut n'être pas improductif et rapporter en conséquence fruits et revenus. Devra-t-on appliquer à la lettre l'art. 1477 ou bien le mari en perdant sa part en capital s'exposera-t-il aussi à perdre tout ce qui est inhérent à cette part ? Enfin le Code Civil n'a pas l'habitude d'édicter des peines. Il apparaît que l'art. 1477, cependant, frappe le mari assez durement même et ceci ne manque pas d'étonner dès l'abord.

La question de la sanction du recel doit donc être immédiatement ramenée à de strictes limites et il convient d'examiner quelle est l'étendue de cette sanction et aussi d'en fixer le caractère spécial.

SECTION I

ÉTENDUE DE LA SANCTION DU RECEL

Cette sanction est expressément prévue par l'article 1477 : c'est la privation de sa part pour le mari dans l'objet recelé.

La Doctrine fait montre à ce sujet d'une unanimité parfaite, car la question n'offre guère de difficulté quand il s'agit d'un objet matériel : le bien est alors repris au mari, mais il n'est pas réintégré dans la masse partageable. C'est à la femme qu'il est attribué en totalité (1).

Le problème est plus délicat lorsqu'il s'agit d'un recel par création de dettes fictives : tel serait le cas d'un mari qui, après avoir frauduleusement créé des dettes de communauté au profit d'un tiers, se laisse assigner, condamner et autorise ensuite son complice à exécuter le jugement obtenu pour soustraire de la masse partageable le montant de la condamnation encourue par la communauté (2).

L'Ancien Droit ignorait le recel par dettes fictives et s'en tenait au détournement matériel (3). Lebrun estimait que le dommage qui pouvait résulter pour la femme de cette sorte de fraude par création de dettes ne se pouvait sanctionner que par une action en dommages-intérêts (4). Il n'était d'ailleurs pas le seul de cet avis. Ferrière également le disait dans son commentaire de l'article 237 de la Coutume de Paris (5).

Cette opinion de l'Ancien Droit était née de l'interprétation stricte d'un arrêt du Parlement de Paris du 15 mai 1656, où il avait été décidé qu'un mari receleur de titres de créance effective communs devait être privé de sa part dans les sommes ainsi détournées. On en avait

(1) Planiol, et Ripert, *Traité élem. de Droit Civil.* T. III, n° 1325. Aubry et Rau, *loc. cit.*, Tome VIII, § 519. Texte et note 18 *bis* Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* Tome II, n° 1109.

(2) *Supra*, page 137.

(3) *Supra*, page 132.

(4) *Communauté.* L. III. T. I. C. II. Sect. I.

(5) Ferrière : Commentaires sur la Coutume de Paris (1676). Titre III, article 237.

conclu que la pénalité du recel ne pouvait s'appliquer aux autres cas de fraude relative aux titres de créance. Mais cette opinion n'a pas prévalu. De nos jours, Doctrine et Jurisprudence estiment qu'il y a recel par création de dettes, du moment qu'il y a intention de porter atteinte à l'égalité du partage (6). Et la Cour de Cassation décide que le mari receleur est privé lors du partage de la valeur de la dette qu'il a créée fictivement. Ainsi le mari qui, par ce procédé, veut retirer 160.000 francs de la communauté pour partager cette somme avec son complice, doit se voir attribuer au partage 160.000 francs de moins que sa femme (7).

Mais toute la question est de savoir comment se fera cette opération. Elle peut, en effet, être envisagée sous deux aspects.

Tout d'abord le prélèvement de la femme peut ne se produire qu'après le partage. On établit deux lots égaux après rapport par le mari de la somme recelée à la masse partageable. Chacun des époux prend alors la moitié. Puis une somme d'argent égale à la moitié de celle que le mari avait divertie, est prélevée dans sa part et attribuée ensuite à la femme (8).

Voici par exemple une communauté dont l'actif est de 400.000 francs après rapport d'une somme de 160.000 francs recelée par le mari. Si l'on applique ce premier système, chacun des époux reçoit 200.000 francs au partage. La femme qui dans sa part a déjà 80.000 francs de valeur recelée reçoit en outre 80.000 francs prélevés sur la part de son époux, ce qui ramène les parts à 280.000 francs pour la femme et à 120.000 francs pour le mari.

(6) *Supra*, page 133.

(7) Cassation, 13 août 1873. D. 74-1-425.

(8) C'est compréhensible, car du fait du rapport, la femme a déjà dans sa part la moitié de la valeur recélée.

Mais le premier procédé présente un inconvénient certain. C'est qu'en effet le mari peut posséder des créanciers personnels. Du fait du partage, sa part est devenue le gage de tous ses créanciers personnels. La femme du receleur a bien droit à une somme de valeur égale à celle qui avait été soustraite à la communauté. Mais elle va se trouver en concours avec les autres créanciers personnels du mari sur le lot de celui-ci et si les dettes de ce dernier sont plus élevées que son actif, elle ne pourra toucher qu'un prorata de sa créance, au marc le franc avec les autres créanciers.

Au contraire, si l'on inverse l'ordre des opérations et que préalablement à tout partage, la femme puisse prélever de la masse commune dans laquelle le mari a déjà incorporé la valeur de son divertissement, la somme qui lui est dûe du fait de l'article 1477, on évite cet inconvénient. Les créanciers personnels du mari ne peuvent rien sur cette somme et l'on aboutit ainsi à une solution plus équitable. Le partage se fera alors sur les bases suivantes : Total de la communauté : 400 mille francs y compris la valeur du recel du mari qui est de 160.000 francs. La femme prélève cette somme tout d'abord. Il reste 240.000 francs à partager en deux parts égales, chacun reçoit 120.000 francs. Les parts définitives deviennent pour la femme : 280.000 francs et pour le mari : 120.000 francs.

C'est d'ailleurs à cette dernière conception que se rallient aujourd'hui les auteurs. M. Ragouet, dans sa thèse « Des prélèvements des époux » (9) s'exprime ainsi : « Le prélèvement présentera pour la victime l'avantage d'éviter le concours des créanciers personnels de l'auteur du recel. Mais il ne pourra pas être

(9) Thèse, Bordeaux, 1908, page 67.

opposé aux créanciers de la communauté. Le partage s'effectuera sur la masse nette de la communauté » (10).

L'article 1477 ne parle que de la privation de sa part pour le receleur dans l'objet diverti. Cette part représente un certain capital. Diverses questions peuvent se poser au moment de l'application de la sanction du recel. Tout d'abord, le bien ainsi diverti peut, en effet, produire des fruits ou revenus. Le mari, privé du bien recelé se verra-t-il enlevé tout droit sur les accessoires de l'objet ? De même, le partage de l'actif commun étant inégalement effectué du fait de la privation pour le mari de sa part dans le bien recelé, devra-t-il cependant, suivant les termes de l'article 1482, supporter la moitié du passif commun. Enfin, il peut se faire que le bien tombé en communauté et recelé au partage ait été acheté avec des propres du mari. Ce dernier a donc contre la communauté des reprises à exercer et ce pour la valeur des biens propres qu'il y a apportés (article 1472). On peut alors se demander en cas de divertissement de l'objet, s'il ne sera pas privé de son droit de reprises.

Ce sont là autant de problèmes qu'il importe d'étudier si l'on veut avoir une idée assez complète de la sanction du recel.

1° Le mari perd-il sa part de fruits et revenus dans l'objet diverti ?

Cette question ne semble pas devoir faire de diffi-

(10) En ce sens aussi Planiol et Ripert. T. IX, par Nast, *loc. cit.* n° 857. — Cependant en sens contraire, Aubry et Rau, *loc. cit.* Tome VIII, § 519, note 15 *bis*, qui refusent au conjoint de l'époux recéleur tout droit de préférence même à l'encontre des créanciers personnels.

culté. En effet, on ne voit pas comment on pourrait séparer le fruit d'un objet, de la substance même qui lui donne naissance. On en convient encore mieux s'il s'agit de « produits » au sens juridique du mot (11).

Pour le revenu périodique, comme les intérêts d'une somme d'argent, on pourrait hésiter davantage. Cependant on est bien obligé d'admettre que si le mari rêvait de s'approprier l'objet, il lui eût été difficile de laisser de côté les revenus que celui-ci doit produire normalement, tant il est vrai que l'accessoire suit toujours le principal. Dès lors si le capital doit passer entre les mains de la femme, à la suite du recel que l'époux a commis, on ne saurait pourquoi on empêcherait les revenus de le suivre. C'est bien ce que disait le conseiller rapporteur Guillemard à l'arrêt du 13 août 1873. « La loi lui (au mari) inflige la peine du talion. Si le mari avait réussi, il aurait eu toute cette somme avec ses revenus et la femme rien; il a échoué, il n'aura rien, la femme tout » (12).

La Jurisprudence et la Doctrine (13) sont d'ailleurs de cet avis et il faut conclure que le mari receleur perd et en capital et en revenu sa part dans l'objet diverti.

(11) On connaît assez la différence qui existe entre le fruit et le produit. Le fruit ou revenu est renouvelé périodiquement par l'objet. Tels sont les intérêts des sommes d'argent (fruits civils) ou les fruits naturels et industriels. Le produit, au contraire, est accidentel : ce sera le cas du croît d'un troupeau. En matière de recel, on ne saurait tenir compte du produit, élément assez incertain. Le mari qui a recélé un animal domestique n'avait pour but que de s'approprier cette bête en fonction seulement de la valeur qu'elle pouvait avoir pour lui et sans songer évidemment aux petits qui auraient pu en naître plus tard.

(12) Cassation, 13 août 1873. D. 74-1-425.

(13) Civile, 5 août 1868. D. 68-1-407. S. 69-1-23. — Civile, 12 juin 1882. D. 82-1-349. S. 82-1-361. — Civile, 9 juillet 1901. D. 1901-1-499. — Paris, 7 août 1858. D. 58-2-188. S. 60-2-585. —

2° Le mari, bien que recevant moins d'actif, est-il tenu cependant à la moitié du passif ?

Voici un mari receleur d'une somme d'argent de 80.000 francs, obligé de rapporter au moment du partage à la masse commune cette somme à laquelle il n'aura pas droit. La communauté comprend par ailleurs un actif de 200.000 francs et un passif de 150.000 francs.

Le système employé pour le partage de l'actif est celui du prélèvement sur la masse partageable brute, au profit de la femme, de la somme recelée par le mari (14). La masse partageable est ici de 200.000 francs + 80.000 francs recelés soit 280.000 francs.

Suivant la théorie générale, la valeur du recel est immédiatement prélevée. La femme reçoit donc 80.000 francs de suite plus 100.000 francs, valeur de la moitié de l'actif restant, soit au total 180.000 francs et devra payer régulièrement 75.000 francs de dettes. Le mari ne reçoit que la moitié de l'actif commun restant soit 100.000 francs, donc en l'occurrence 80.000 francs de moins que sa femme. La question qui se pose est de savoir s'il sera cependant tenu de la moitié des dettes, soit de 75.000 francs ?

On serait tenté de le nier, le passif devant être partagé en proportion de l'actif reçu. Cependant c'est ici que la maxime « *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* » vient s'appliquer. Si le mari a recelé,

Toulouse, Tribunal Civil, 29 janvier 1904. G. P. 04-1. V. table Communauté 16 à 19.

(Huc, *loc. cit.* Tome IX, n° 327. — Planiol. Tome III, n° 1325. — Planiol et Nast. Tome IX, n° 857, page 242. — Aubry et Rau, *loc. cit.* Tome VIII, § 519, texte et note 18 *bis*. — Baudry-Lacantinerie-Le Courtois et Surville, *loc. cit.* Tome II, n° 1009. — Josserand, *Cours de Droit positif français*, n° 341, 3ment, page 181.

(14) *Supra*, page 143.

il ne peut s'en plaindre qu'à lui-même et ce n'est pas à la femme d'en pâtir et, par conséquent, de payer plus que sa part aux dettes communes. Il faut donc s'en tenir au principe rigoureux formulé par l'article 1482 qui prévoit le partage des dettes par moitié. On ne tient pas compte de l'actif reçu par chacun. On partagera le passif commun en deux parts égales. C'est bien là la solution traditionnelle de la Jurisprudence que la Doctrine consacre aussi à son tour (15), de sorte qu'aujourd'hui la question ne se discute plus.

3° Le mari est-il privé du droit d'effectuer ses reprises sur les objets divertis ou recelés ?

On peut imaginer le cas d'un mari qui, avec ses deniers propres, a acheté un meuble rare et pour une somme très importante, par exemple une bibliothèque luxueuse de 50.000 francs.

Le meuble ainsi acheté est tombé momentanément en communauté. Au moment du partage, le mari n'en fait pas état et le fait enlever par un camionneur. La femme s'en étant aperçu assigne en déclaration de recel.

S'il n'y avait pas eu de recel, le mari aurait eu le droit de laisser ce meuble dans la communauté, quitte à se faire rembourser d'une somme de 50.000 francs au moment du partage.

En cas de recel, le meuble étant attribué à la femme, la question est de savoir si le mari conserve toujours

(15) Cassation Civ., 10 janvier 1865. D. 65-1-5. — Sirey, 65-1-40. — Paris, 26 mars 1862. — Angers, 26 août 1863. — Sirey, 63-2-225. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Loc. cit.* Tome II, n° 1173. — Aubry et Rau, *loc. cit.* Tome VIII, page 519. — Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil.* Tome III, n° 1356.

son droit à prélever sur la communauté les 50.000 francs qui lui sont dus.

La meilleure façon de répondre au problème est de le résoudre mathématiquement.

La fortune propre du mari s'élevait avant l'achat de la bibliothèque à 80.000 francs et l'actif total de la communauté était de 200.000 francs. Après l'opération d'achat, les fortunes sont donc respectivement : *a*) celle du mari : 30.000 francs de propres restants et *b*) celle de la communauté : 200.000 francs plus la bibliothèque.

1re SITUATION : IL N'Y A PAS EU DE RECEL.

Au partage de la communauté, le mari reçoit une reprise de 50.000 fr. ce qui lui ramène son patrimoine propre à 80.000 francs et en outre sa part de biens communs soit : 150.000 : 2 ou 75.000 francs, plus la moitié dans la valeur du meuble.

D'où total du mari après dissolution de la communauté, 80.000 + 75.000 ou 155.000 francs plus la moitié de la bibliothèque.

2e SITUATION : LE MARI A RECELÉ LE MEUBLE.

La question est de savoir s'il a cependant droit à ses 50.000 francs de reprise. Que se produit-il au partage de la communauté que l'on sait se composer de: 200.000 francs plus la bibliothèque.

La femme, en vertu de l'article 1477 se voit d'abord attribuer le meuble en entier. Il reste 200.000 francs à partager. Chaque époux a droit à 100.000 francs si l'on ne consent pas au mari le droit à prélèvement. Le mari

a donc pour toute fortune en ce cas : 30.000 de propres + 100.000. Total : 130.000 francs.

Si on lui concède le droit à ses 50.000 francs de reprises, il a d'abord : 30.000 + 50.000, soit les 80.000 frs de propres qu'il avait au début, et il se voit ensuite octroyer la moitié du reste, soit : 150.000 : 2 = 75.000 francs.

Total du mari : 80.000 + 75.000 = 155.000 francs.

Si l'on rapproche cette situation de celle où le mari n'a rien recelé, on constate que si le mari exerce ses reprises, il n'est privé que de sa part dans l'objet recelé, tandis que s'il ne les exerce pas, il est privé en plus de la part de propres qu'il a engagée pour acquérir le meuble à la communauté.

Poser la question sous cette forme, c'est donc la résoudre. Ce qu'a voulu avant tout l'article 1477, c'est priver le mari receleur de sa part dans l'objet commun recelé et non frapper son patrimoine propre.

La conclusion s'impose alors d'elle-même et l'on ne peut priver le mari de ses droits à reprises en cas de recel. Il ne perdra en ce cas aussi que sa portion dans l'objet diverti. C'est bien d'ailleurs ce que déclare Planiol : « En dépit de certaines hésitations, on admet généralement que les biens divertis doivent figurer dans la masse partageable pour l'existence des actions en reprise que l'époux coupable peut posséder. Cette solution, conforme à la tradition, se justifie par cette idée que l'article 1477 ne punit l'époux coupable que dans ses droits de co-partageant ou de donataire et non pas dans sa fortune personnelle : refuser à cet époux toute action pour ses reprises sur les valeurs qu'il a détournées, comme on lui refuse l'action en partage, ce serait le pri-

ver de sa créance d'indemnité et par là-même l'atteindre dans ses biens propres » (16).

La Jurisprudence n'a pas toujours été de cet avis et elle a longtemps refusé le droit à prélèvement au mari receleur. Pendant les deux premiers tiers du siècle dernier, elle a systématiquement écarté ce droit à l'époux receleur (17). Ce fut sur un arrêt de la Cour de Paris du 20 août 1863 (18) que la Chambre Civile (19) eut le 10 février 1865 à régler définitivement la question.

Depuis, à commencer par la Cour de renvoi (20), la Jurisprudence n'a pas varié (21) et il faut désormais admettre que le mari receleur conserve ses droits à reprises sur les objets qu'il a divertis.

Les pénalités du recel sont donc assez étendues pour le mari receleur, qui peut pour les éviter vouloir remettre dans la masse partageable, l'objet qu'il a précédemment soustrait. Ce repentir tardif aura-t-il l'effet de lui restituer son droit à la moitié des biens à partager ?

Pothier distinguait suivant que les héritiers de la femme ou celle-ci avaient eu connaissance de la soustraction faite par le mari, ou non : « Il reste à observer

(16) Planiol, Ripert et Nast. Tome IX, n° 857, page 242. Voir encore en ce sens Josserand, *Traité de Droit Positif Français*, n° 241, p. 130: « La sanction de l'art. 1477 atteint l'époux coupable en tant que commun en biens : elle n'a d'effet que sur les biens de la communauté ; elle ne peut pas atteindre le délinquant dans son patrimoine personnel. Si donc il a droit à des reprises, il peut exiger que les biens divertis ou recélés figurent dans la masse commune pour le calcul et la réalisation de sa créance ; sinon, on le frapperait dans cette créance, laquelle fait partie intégrante de sa fortune personnelle. »

(17) Dijon, 10 juin 1858. — Sirey, 59-2-206. — Angers, 26 avril 1863. D. 63-2-217. — Sirey, 63-2-228.

(18) Sirey, 63-2-225. D. 63-2-203.

(19) Sirey, 65-1-40. D. 65-1-5.

(20) Orléans, 6 août 1868. S. 68-2-72. — D. 68-2-217.

(21) Bordeaux, 16 février 1864. S. 64-2-160. — D. 64-5-60. — Paris, 19 juillet 1872. S. 73-2-224. — D. 72-2-220.

que le survivant qui a commis des recels peut, avant que les héritiers du pré-décédé en aient connaissance, éviter par son repentir la peine de ses recels en apportant les choses recelées et les ajoutant à son inventaire...

Mais ce n'est pas possible s'il parait que les héritiers du prédécédé ont eu connaissance, à l'inventaire des effets recélés, quoiqu'il les ait ajoutés avant aucune demande donnée contre lui pour raison desdits recels (22).

La Jurisprudence de l'Ancien Droit était aussi de cet avis et n'accordait aucun changement à la peine, en cas de repentir.

C'est en ce sens qu'un arrêt du 14 avril 1629, du Parlement de Paris (23), décidait qu'une veuve, bien qu'ayant ajouté à l'inventaire avant toute demande contre elle les effets par elle détournés, devait être punie des peines de recel. Cette solution apparait comme trop rigoureuse, car ne fait aucune différence entre le mari qui vient de son plein gré réparer sa faute et celui que l'on oblige à la réparer.

Aussi la Doctrine et la Jurisprudence, depuis le Code, distinguent-elles. Mais elles s'attachent avant tout à la question d'intention.

S'il semble que c'est spontanément et sans être l'objet d'aucune demande tendant à lui faire croire que sa fraude est découverte que le mari vient au moment du partage et par repentir déclarer qu'il a dissimulé un objet à partager la peine édictée par l'article 1477 ne lui est pas applicable (24).

(22) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 690.

(23) Rapporté par Brodeau sur Louet, lettre R. ch. 1.

(24) Jurisprudence. Cassation, 24 mars 1847. Sirey, 48-1-21. — Requêtes, 3 mai 1848. D. 48-1-166. Cassation, 21 novembre 1871. Sirey, 71-1-206. — Paris, 5 août 1839. Sirey, 40-2-49. — Rennes,

Mais si c'est à la suite d'une assignation ou de tout autre moyen de nature à lui montrer que son acte est découvert qu'il vient offrir de le restituer à la masse partageable, il apparaît que l'intention du mari a bien été de soustraire l'objet et de le garder si sa fraude n'avait pas été découverte. Dans ce cas l'article 1477 lui sera applicable (25).

Cette solution est logique, car on ne peut plus parler alors de repentir du mari, le repentir ne pouvant s'analyser qu'en un empressement spontané et naturel à réparer de soi-même les conséquences d'un acte qu'on juge désastreux pour autrui.

Or, on est bien obligé d'admettre qu'en forçant le mari à reconnaître sa fraude, on ne saurait lui faire application de la même mansuétude qu'à celui qui l'a reconnu de lui-même, sinon on retomberait dans l'arbitraire de l'Ancien Droit que l'on a voulu précisément empêcher.

SECTION II

CARACTÈRE DE LA SANCTION DU RECEL

Un automobiliste qui blesse un passant sera traduit devant le tribunal correctionnel pour délit de blessures par imprudence et sera puni.

L'intérêt de la société repose avant tout sur un ordre

29 mars 1879. D. 80-2-139. — Trib. Auxerre, 16 février 1881. Sirey, 81-2-94. — Dijon, 16 novembre 1893. D. 94-2-159.

Doctrine. — Guillouard, *Traité de Contrat de mariage*. Tome III, page 255. — Baudry-Le Courtois et Surville, *loc. cit.* Tome II, n°s 1042 et 1162. — Aubry et Rau, *loc. cit.* Tome VIII, § 519, texte et note 15. — Planiol-Ripert et Nast. Tome IX, n° 854, page 236.

(25) Jurisprudence. — Cassation, 19 février 1879. S. 79-1-343. — Paris 22 juil. 1863. Sirey, 63-2-225. Rennes, 29 mars 1879. D. 80-2-139. — Paris, 30 juillet 1886. *Pandectes françaises*, 86-2-157.

préétabli dont on doit empêcher la rupture. On conçoit, en effet, que la meilleure façon d'y arriver est de frapper dans sa personne ou dans ses biens le délinquant coupable pour l'inciter à ne plus recommencer. Telle se présente alors l'idée de peine dans sa plus simple expression.

Mais de son côté, la victime de la collision a subi un préjudice certain qu'elle ne saurait supporter elle-même. Il est juste que l'auteur de l'accident vienne la dédommager. L'on voit ainsi la notion de réparation s'ajouter à celle de peine et venir la compléter dans ses effets à l'égard de la victime.

On dira alors que le délit pénal est puni, tandis que le délit civil se répare.

C'est au Code Pénal qu'il appartient d'édicter les peines et de les adapter aux divers groupes de délinquants. C'est au Droit Civil, au contraire, qu'il échet d'énoncer les principes qui visent les réparations d'un préjudice. C'est ainsi que l'article 1382 formule « que tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Aussi est-on plutôt surpris de trouver un article spécial du Code Civil qui vient édicter une sanction particulière au recel qui après tout ne s'analyse qu'en une variété de cause de préjudice : l'article 1477 qui prévoit une privation de sa part pour le receleur dans l'objet diverti et l'attribution à l'autre époux de la totalité de cet objet.

On sait que le délit civil s'analyse en tout fait dommageable et intentionnel, à la différence du délit pénal qui peut n'avoir pas ces deux caractères (26).

(26) *Ex. :* La tentative n'est pas dommageable. C'est un délit

Le premier caractère de la sanction du recel qui s'offre donc aux regards est d'être une réparation à l'égard de la victime. En effet, la femme s'il n'y avait pas eu divertissement d'un objet par son mari, n'aurait eu que sa part dans le bien en question au moment de la liquidation de la communauté. Du fait du recel, elle obtient en supplément la part de son mari. Ce surplus qui lui est légalement octroyé peut être analysé en une allocation à titre de dommages intérêts, bien qu'au fond la réparation du préjudice soit dépassée. Ceci équivaut à déclarer que le recel est un délit civil réprimé par l'art. 1382, et qu'au fond la seconde partie de la sanction du divertissement n'est qu'une réédition appropriée de cet article général au cas particulier du recel. Le mari ayant causé préjudice à sa femme par son attitude, il est juste que celle-ci en obtienne réparation.

Les auteurs sont d'ailleurs d'accord pour reconnaître au recel le caractère d'un délit civil (27).

Mais ce n'est pas là son seul caractère. C'est qu'en effet, le mari est frappé lui aussi dans ses biens : il perd sa part dans l'objet qu'il aurait voulu s'approprier. C'est donc une véritable peine qui lui échoit, analogue à celles qui sont édictées par le Code Pénal contre les délinquants ordinaires. Le recel apparait alors comme une véritable pénalité, non plus seulement édictée en fonction d'une rupture de l'équilibre social, mais en vue de frapper le mari parce qu'il a voulu frustrer sa femme. Par ce caractère le recel s'apparente un peu au vol et la sanction de l'art. 1477 est une véritable peine

pénal et est punissable. L'homicide par imprudence est dommageable et pas intentionnel.

(27) Voir notamment JOSSERAND, *loc. cit.* Tome III, n° 241, p. 130. — Voir aussi note VIALLETON sous un arrêt rapporté au *Sirey* 1925-1-58.

prononcée dans l'intérêt de la femme. Le recel est aussi une peine privée (28).

La sanction du divertissement apparait donc comme quelque chose d'hybride tenant à la fois du droit civil et du droit répressif. Aussi est-ce à cette dualité de physionomie : « délit civil » et « peine privée » que se rattachent les nombreuses questions soulevées par l'application pratique de la sanction de l'art. 1477. Les réponses apportées à ces questions varient tour à tour suivant qu'elles se rattachent à l'un ou l'autre des caractères. Il importe de s'arrêter aux principales.

Paragraphe I. — Conséquences tirées du principe que le recel est un « délit civil »

L'article 1477 vise à donner à la femme une action en réparation contre son mari receleur. En aura-t-elle contre les héritiers de celui-ci ? Mais à côté de celà, cette action ne saurait être engagée dans un temps illimité. Il sera nécessaire de fixer la prescription de cette action.

1°) *La femme a-t-elle une action contre les héritiers du mari receleur ?*

Les actions civiles ne s'exercent contre les héritiers qu'autant que ceux-ci peuvent être tenus de la dette de leur auteur. Il faut donc que celle-ci soit tombée dans le patrimoine du défunt.

On admettra donc avec Planiol que dans le cas du recel une distinction s'avère nécessaire (29). Si l'auteur du recel a survécu à la dissolution de la communauté,

(28) Voir à ce sujet. Thèse, Dijon 1908, p. 138, par M. Louis Hugueney, « L'idée de peine privée ».

(29) Planiol, Ripert et Nast. T. IX, n° 858.

ses héritiers doivent supporter les conséquences de la fraude : le recel étant définitivement consommé avant le décès de l'époux fraudeur, l'obligation de réparer la fraude est née avant ce décès et elle constitue une dette héréditaire. Si au contraire la communauté s'est dissoute par la mort de l'auteur du recel, la fraude ne peut être définitivement consommée qu'après la dissolution puisqu'elle consiste dans l'omission ou la non-déclaration des objets divertis; en conséquence, les héritiers ne peuvent répondre de la fraude que s'ils s'y sont associés, c'est-à-dire s'ils sont de mauvaise foi et ne restituent pas les biens recelés (30).

Les limites dans lesquelles sont tenues les héritiers du receleur concordent bien avec celles de toutes les actions civiles engageant les successeurs ordinaires. On verra donc bien dans ce fait que le divertissement donne droit à la victime à une action civile ordinaire, action qui n'a rien d'ailleurs de différent avec celle de l'art. 1382 (31).

2°) *Prescription de l'action en recel.* — Le délit pénal se prescrit par 3 ans. Le recel étant une pénalité pour le mari, on peut se demander si cette prescription est celle qui s'applique ici ou au contraire si la victime a 30 ans pour exercer son action, comme en matière civile ordinaire.

En matière pénale, la poursuite n'appartient pas spécifiquement à la victime. Elle est le fait ordinaire d'un

(30) En ce sens aussi Guénée, note *Sirey* 1913-1-308. Véron, Thèse 1924, Paris.

(31) En ce sens : Requ., 4 décembre 1844. D. Jurispr. génér., n° 2434. — Req., 3 mai 1848. D. 48-1-166. — Civ., 8 juillet 1912. D. 13-1-411. — Douai, 21 février 1870, sous Req., 21 novembre 1871. D. 72-1-189. S. 71-1-206. — Rouen, 20 février 1897. D. 99-2-241. — Aubry et Rau, VIII, § 519, texte et note 19, *loc. cit.*

organisme spécial, gardien des droits de la société, le Ministère Public, qui s'il laisse passer le délai légal de 3 ans ne peut plus inquiéter le délinquant. Il en sera de même pour la victime si elle fait venir l'affaire sur citation directe (art. 183 Code Instruction Criminelle).

Mais les 3 ans passés, la victime peut encore très souvent demander la réparation de son préjudice devant les tribunaux civils, ceci pendant 27 ans encore. En matière de recel, c'est à la victime seule qu'il appartient d'agir et de provoquer l'application de l'art. 1477. La question est délicate.

Admettons, en effet, que la femme d'un mari receleur n'intente son action qu'au bout de cinq ans. On peut se demander si la sanction va subsister pour le tout, c'est-à-dire et dans sa partie réparation pour la femme et dans sa partie privation de sa part pour le mari.

On admet que la sanction de l'art. 1477 est indivisible. On ne prévoit pas, en effet, comment la femme obtiendrait un supplément de part si celui-ci ne correspondait pas à une diminution simultanée dans le patrimoine du mari receleur. Supprimer la peine du mari, c'est supprimer la réparation due à la femme. On ne peut pas en même temps octroyer davantage à la femme sans enlever au mari. D'où la question est bien simple : si la femme a le droit au bout de 5 ans de demander réparation, par le fait même elle demande une punition pour son mari.

On sait que l'action de droit commun visant à réparation d'un préjudice se prescrit par 30 ans. On est automatiquement amené à l'appliquer ici, le recel étant avant tout un délit civil.

C'est en ce sens d'ailleurs que tranchent les auteurs,

notamment Planiol, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie (32), ainsi que la Jurisprudence (33).

Mais s'il est de principe que la sanction du recel se prescrive par 30 ans, une difficulté peut surgir pour en fixer le point de départ.

Le recel est, en effet, un délit civil continu et qui se répète à chaque instant tant que le coupable se maintient dans la possession clandestine. Si le recel n'est pas découvert, l'action de la femme ne saurait s'exercer. Ce n'est donc que par la découverte du divertissement que l'époux receleur pourra être inquiété. Il est dès lors logique de faire remonter le début de la prescription au jour de la découverte du recel, c'est-à-dire au jour où la femme a eu connaissance du délit.

C'est d'ailleurs à cette solution que s'arrêtent aujourd'hui les auteurs (34).

D'ailleurs, si l'on n'adoptait pas le jour de la découverte du recel, il serait difficile de fixer le point de départ de la prescription : on ne voit pas, en effet, à quel autre jour on arrêterait son choix : celui de la dissolution de la communauté, celui de l'inventaire ou celui du détournement ? Mais a priori ceci n'aurait pas de raison d'être puisque la femme n'a pas connaissance du délit et n'a donc pas intérêt à l'attaquer. Au contraire cet

(32) Planiol, III, n° 1328. — Planiol et Ripert. Tome IX, par Nast, n° 859, p. 245. — Aubry et Rau, VIII, p. 519, note 22, *loc. cit.* — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois, Surville, *Loc. cit.* Tome II, n° 1168.

(33) Paris, 24 juin 1843. S. 43-2-331. D. 43-2-201. — Cas. Civ., 17 av. 1867. D. 67-1-268. S. 67-1-205.

(34) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois, Surville, *Loc. cit.* T. II, n° 1168.

Planiol dit : « Quant au point de départ de la prescription, on doit la fixer au jour où, au cours du partage, le conjoint victime du recel en a eu connaissance. »

Planiol et Ripert, Tome IX, par Nast, n° 859, p. 245.

intérêt devient certain dès le jour de la découverte du recel. Il vaut donc mieux conclure avec la Doctrine que ce jour fixera en définitive seul, le point de départ de la prescription trentenaire.

Paragraphe II. — Conséquences tirées du fait que le recel est une « peine privée »

L'idée de peine doit s'affranchir de toute considération d'âge et de condition. Le délinquant, du moment qu'il a troublé l'ordre public doit être puni. Cependant la loi pénale, après avoir édicté ce principe, le tempère par une certaine restriction.

Une question de discernement doit, en effet, se poser. L'enfant du plus bas âge ne saurait être tenu pour responsable d'un trouble apporté par lui à l'ordre public dont il n'a pas même la notion. C'est pourquoi la loi pénale exonère de toute peine l'enfant de moins de treize ans qu'elle répute à priori avoir agi sans discernement (loi du 22 juillet 1912). Au-dessus de 13 ans, il importe même de distinguer si le mineur a encore agi avec ou sans discernement et jusqu'à 18 ans les tribunaux ont avant d'édicter la peine, à se prononcer sur la question de l'existence ou de l'absence de discernement chez le jeune délinquant.

Voici maintenant l'héritier de moins de 18 ans d'un époux prédécédé qui se rend coupable d'un recel et subtilise à la veuve au moment du partage un objet précieux contenu dans la masse commune. Le coupable est civilement incapable n'ayant pas 21 ans et n'étant ni émancipé ni marié. Sera t-il puni de la peine édictée par l'article 1477 et par conséquent sera-t-il privé de sa part dans l'objet diverti.

S'il n'était tenu compte que de la capacité civile de l'héritier, tout acte juridique serait annulable comme accompli par un incapable. Mais telle n'est pas la solution adoptée. Le recel est avant tout un fait juridique et c'est une question de discernement qui se pose. C'est donc à la capacité pénale que s'arrêtent les auteurs (35) en pareille matière et ils sont unanimes à reconnaître que si l'héritier est réputé avoir agi sans discernement, on ne saurait lui appliquer la pénalité de l'article 1477. Baudry-Lacantinerie (36) prétend même que le mineur doit être déclaré receleur et doit en conséquence être privé de sa part dans l'objet caché « du moment qu'il a été reconnu avoir agi avec discernement ».

Cette idée d'extension de la peine du divertissement aux incapables n'est donc pas une application de l'idée de recel, délit civil. Elle est une conséquence de l'idée de peine qui se rattache à la même notion, la loi pénale exigeant avant tout pour l'application d'une peine l'existence du discernement chez le coupable.

(35) Laurent, *loc. cit.* T. XXIII, n° 34. — Guillouard, *loc. cit.* T. III, n° 1360. — Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil.* T. III, n° 1329, 2e édition.

(36) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *loc. cit.* 3e éd, 1908. T. II, p. 508, n° 1160.

TITRE II

Fraude du mari pendant une instance en séparation de corps ou en divorce

L'ouverture d'une instance en divorce ou en séparation de corps semble, à première vue, ne rien devoir changer à la situation des époux. Il se peut d'abord que cette procédure, résultat d'un malentendu passager qui rend délicate la vie commune, se termine par une réconciliation. Mais ce n'est là qu'une conception et dans la plupart des cas, elle aboutira à un jugement qui prononcera soit la dissolution du mariage, soit la cessation de la vie commune et la séparation absolue de tous les intérêts pécuniaires des époux, avec, dans un cas comme dans l'autre, liquidation du régime matrimonial. C'est donc pour les époux une situation absolument nouvelle que va créer par voie d'autorité, la décision de justice, situation qui doit modifier du tout au tout les relations des conjoints avec les tiers, notamment en ce qui concerne leurs biens. Le changement ne semble donc devoir se produire que lorsque le jugement aura acquis à l'égard de tous force de la chose jugée, car si la plupart des jugements produisent rétroactivement

effet dès le jour de la demande, c'est qu'ils se contentent d'affirmer un droit ou un état préexistant et il est de principe que les jugements constitutifs d'état n'ont pas d'effet rétroactif.

Mais la procédure pourra durer fort longtemps : des jugements interlocutoires ordonnant enquête ou expertise viendront encore souvent se greffer à l'instance principale et si enfin le jugement de premier ressort est rendu rien n'empêchera que l'époux mécontent ne poursuive jusqu'en appel et même se pourvoit en cassation. La situation peut alors se prolonger des années durant. Et pendant toute cette époque, rien ne viendra avertir les tiers que les époux tendent peu à peu à une liquidation de leur régime matrimonial. Le mari aura toujours par devers lui les biens de la communauté et en restera administrateur.

La femme pourra alors craindre pour ses propres droits. Le mari n'aura-t-il pas tendance à profiter de ces derniers instants où il reste chef du patrimoine commun pour se livrer aux plus basses manœuvres dans le but de frustrer sa femme. On sait déjà que la fraude lui est possible pendant la communauté (1). Si le mari donnait donc des biens communs sans se conformer aux dispositions des articles 1422 et 1423 (2) du Code Civil, la femme pourrait dès la dissolution demander la nullité de ces actes, conformément aux règles déjà étudiées.

Toutefois il ne semble pas qu'il faille durant une instance en divorce ou en séparation de corps envisager la fraude du mari sous le même angle. C'est qu'à ce moment là, il y a un danger beaucoup plus sérieux : le mari animé par un sentiment de haine profond du fait

(1) Voir première partie de cet ouvrage.
(2) Première partie. Section I. du chap. I.

du procès qui lui fera perdre à jamais tout droit sur les biens de son épouse peut négliger de s'occuper complètement des biens communs, les laisser dépérir ou même les détruire. Il peut surtout prendre toutes dispositions utiles pour préparer en sa faveur durant le procès une liquidation anticipée du régime matrimonial.

Aussi en face de cette éventualité désastreuse pour la femme, le Code a-t-il voulu pour ainsi dire exclure de la période de vie commune, les mois du procès. Il en a fait une sorte de « période suspecte », par analogie avec celle qui précède la faillite du commerçant en mal d'affaires et il a donné à la femme, pour qu'elle n'ait pas trop à souffrir de la gestion momentanée du mari, des moyens spéciaux de prévenir le mal, en créant les mesures conservatoires. C'est l'étude de ces mesures conservatoires qui domine toutes les relations des époux entre eux durant l'instance en séparation de corps ou en divorce.

Cependant le régime matrimonial ne change pas pour autant durant le procès. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce que, tant que dure la communauté, les biens échappent au régime adopté par les époux au moment de la célébration du mariage. Aucune publicité n'avertit les tiers de l'ouverture de l'instance : ce serait, en effet, couper court à tout espoir de réconciliation que de les avertir de la mésentente peut-être passagère des époux. Il est vrai que bien souvent la femme aura quitté le domicile conjugal, mais les personnes étrangères au ménage peuvent se méprendre sur la cause de cette absence et il est facile au mari de leur en fournir une explication plus ou moins vraisemblable.

Rien ne les empêche donc de traiter avec le mari comme par le passé et on ne saurait les rendre responsables d'une situation qu'ils ignorent. Et cependant si l'on n'accorde à la femme que de simples mesures conservatoires le mari garde alors la possibilité de dilapider le patrimoine commun en traitant avec les tiers.

Déjà le législateur de 1804 avait dans les articles 270 et 271 anciens du Code Civil concilié au mieux les intérêts en présence et la Jurisprudence, après la Restauration, et postérieurement à la suppression du divorce avait appliqué à la séparation de corps ces solutions du Code. Mais les données des articles 270 et 271 ne satisfirent personne (3).

Aussi la loi du 18 avril 1886, modifiée et complétée par celle du 26 juin 1919, en rétablissant le divorce, consacra définitivement dans les articles 242, 243 et 252 nouveaux du Code Civil les solutions prônées par la Jurisprudence du XIX[e] siècle en matière de séparation de corps. Ces solutions ont alors été étendues au divorce.

Ce sont donc ces solutions qu'il y a lieu d'étudier. Leur étude comporte d'abord celle des rapports des époux entre eux en ce qui concerne l'administration des

(3) *Art. 270.* — La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire après prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

Art. 271. — Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238 sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

biens communs avec les modifications qui sont apportées au régime antérieur par les mesures conservatoires et ensuite il faudra envisager les limitations faites aux droits du mari dans ses relations avec les tiers.

CHAPITRE PREMIER

Rapports des époux entre eux en ce qui concerne l'administration des biens communs

La femme dès le début de l'instance est autorisée à résider séparément et à quitter le domicile conjugal. Le mari ne peut plus lui nuire dans sa personne. Il sera tenté alors d'user du seul moyen qui lui reste de lui causer préjudice : réduire au minimum sa part dans les biens communs.

Il est donc normal de songer à apporter dès le jour de la demande une atténuation singulière aux pouvoirs du mari. C'est ce que déclare d'ailleurs le rapporteur au Sénat de la loi du 18 avril 1886 (1) en affirmant qu'il faut « priver le mari des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance » .

Le but de la loi doit donc être avant tout d'arriver à rendre immuable entre les mains du mari le patrimoine commun, de le figer et de le cristalliser de façon certaine à un jour déterminé. Si l'on fait alors remonter à ce jour-là les effets du jugement de divorce ou de

(1) M. Labiche. Voir sous la loi du 8-4-1886. D. P. 86-5-27.

séparation, c'est-à-dire que l'on partage les biens communs sur les bases établies au jour en question, les chances de fraude de la part du mari seront sérieusement diminuées. Il importe alors de connaître quel sera le jour retenu comme celui de la dissolution de la communauté et quels seront les moyens spéciaux dont disposera la femme dès l'introduction de son action pour arriver à paralyser l'activité de son mari.

SECTION I

QUEL EST LE JOUR DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ ?

C'est l'article 252 *in fine* qui fixe le jour où la communauté est dissoute : « Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera quant à ses effets entre époux en ce qui touche leurs biens au jour de la demande » (2).

Mais comment déterminer ce jour ?

On sait que la procédure de divorce ou de séparation de corps commence par une tentative de conciliation. Faut-il considérer comme acte introductif d'instance la citation en conciliation ?

Si l'on s'arrêtait à cette solution, on serait obligé d'admettre qu'a priori la conciliation est une phase inutile de la procédure. En effet, on suppose que le procès continue automatiquement de ce jour au jugement final sans qu'il y ait même à envisager la possibi-

(2) L'article 252 du Code Civil de 1804 se bornait à parler de la forme de l'enquête en matière de divorce et l'on aurait cherché en vain un texte pour indiquer le jour où commençaient les effets du jugement. C'est seulement la loi de 1886 qui est venue le spécifier et c'est la reproduction de ce texte qu'a repris la loi du 26 juin 1919 qui constitue l'article 252 actuel.

lité d'une réconciliation des époux avant toute assignation.

Or ce n'est pas dans l'état d'esprit du Code Civil qui exige en cette matière un essai de conciliation devant le Président du Tribunal Civil. Ce n'est d'ailleurs pas spécial à la procédure de divorce ou de séparation de corps et le Code de Procédure Civile exige que tout procès, à moins d'une autorisation spéciale du juge, débute par une tentative de conciliation (3).

La citation en conciliation n'est donc pas un acte introductif d'instance puisqu'elle tend à éviter celle-ci; le jour où elle est rédigée ne saurait donc être réputé jour de la demande.

Au contraire, si la conciliation s'est révélée impossible entre les époux, le Président du Tribunal Civil rend une ordonnance qui autorise l'époux demandeur à continuer son procès.

A ce moment tous les ponts sont rompus et c'est la procédure normale qui commence. L'exploit qui l'indique à l'adversaire, lui fait savoir en même temps que c'est au tribunal seul qu'il appartiendra désormais d'être juge de la demande. C'est donc à cet acte, qui est comme une déclaration de début officiel du procès, que revient le caractère d'exploit introductif d'instance.

C'est au jour de l'assignation qu'il apparaît alors logique de faire remonter les effets du jugement et c'est ce jour qu'il faut qualifier de « jour de la demande ».

(3) C'est le juge de paix qui est le juge compétent ordinaire en matière de conciliation et tout procès même intenté devant le tribunal civil doit avoir devant lui sa place de conciliation à moins de dispense spéciale accordée par le Président du tribunal civil en matière d'urgence et en quelques cas énumérés à l'article 49 du Code de Procédure Civile. En matière de divorce ou de séparation de corps seulement, le Président du tribunal civil est compétent pour la conciliation des époux.

La Doctrine est d'ailleurs en ce sens. C'est notamment l'opinion de Beudant (4) et de Josserand (5). De son côté la Jurisprudence et spécialement la Cour de Cassation reconnaissent que c'est au jour de l'assignation que remonte le jour de la demande (6). On en concluera donc qu'en matière de divorce et de séparation de corps, c'est à ce jour que remonteront les effets entre époux et que ce sera tel qu'il se présentera alors que devra être partagé par moitié le patrimoine commun.

SECTION II

ÉTUDE DES MESURES CONSERVATOIRES ACCORDÉES A LA FEMME

Si les effets du divorce ou de la séparation de corps remontent entre époux au jour de l'assignation et que la dissolution de la communauté remonte notamment à ce jour, la femme a cependant le droit de prendre des mesures conservatoires avant d'assigner en divorce. Les biens de communauté devant être partagés également tels qu'ils se présentent au jour de l'assignation, il y a lieu pour elle de prendre toutes précautions utiles pour que le patrimoine commun ne soit pas diminué dès le dépôt de sa requête.

Il peut, en effet, s'écouler un certain laps de temps entre le jour où elle présentera sa requête et celui où elle pourra assigner. Ce sera la période justement dévo-

(4) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de Droit Civil Français*. T. III. « Etat et capacité des personnes », par M. Breton, n° 865, page 116.

(5) Josserand, *loc. cit.* T. I, p. 497, n° 964.

(6) Ch. Civ., 27 mai 1921. D. P. 23-1-65. S. 22-1-61.

lue à la conciliation. Le mari qui est cité en conciliation en vertu de l'ordonnance sur requête est alors averti de la demande de sa femme. Il pourra dès ce moment se préparer à liquider les biens communs en sa faveur.

Aussi apparait-il nécessaire d'accorder dès le premier acte de procédure, à la femme, la faculté de se mettre à l'abri. Souvent dans sa requête introductive d'instance, elle demandera, avec l'autorisation de résider séparément, la permission de prendre toutes mesures préventives contre son mari. C'est ce que déclare d'ailleurs l'article 242 du Code Civil « l'un ou l'autre des époux peut, *dès la première ordonnance*, et sur l'autorisation du juge donnée à la charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires et notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté (7).

Le Code Civil permet donc au juge d'autoriser, par ordonnance, à l'un des époux communs en biens de faire mettre les scellés sur les biens de la communauté ou bien à prendre d'autres mesures conservatoires que la loi n'a pas spécifiées.

Ces mesures conservatoires ne sont pas des actes conservatoires au sens juridique du mot. En effet, une femme mariée peut toujours faire des actes conservatoires en vue d'empêcher la perte de ses biens. Avant même la loi du 18 février 1938 qui lui a reconnu une certaine capacité restreinte, elle n'avait pas besoin d'être autorisée de son mari ou de justice pour interrompre une prescription extinctive. Les mesures conservatoires que lui accorde la loi durant l'instance en divorce sont plus que des actes de conservation : norma-

(7) Ce texte a repris en le modifiant l'ancien article 270, aujourd'hui abrogé. Voir en note page 164.

lement pour les faire, il lui eut fallu au temps de son incapacité l'assistance et l'autorisation de son mari, mais en l'espèce, c'est justement parce qu'ils sont édifiés en prévision d'une attitude suspecte du mari que la loi accorde à la femme la faculté de demander de les accomplir. L'autorisation que lui donne le président est une sorte d'autorisation de justice incomplète, puisque ce n'est pas le tribunal qui la donne.

Il y a, en effet, des mesures conservatoires qui sont de véritables actes que la femme n'aurait jamais pû faire seule. L'article 242 ne parle que de l'apposition des scellés et mentionne pour mémoire l'expression « la femme peut prendre des mesures conservatoires ». La Jurisprudence a eu à connaître des divers cas qui ont été ramenés aux mesures provisoires que la femme pouvait prendre. Avec la question de l'apposition des scellés, ce sont celle de la saisie-arrêt sur les biens communs et celle de la nomination d'un sequestre qui se rencontrent le plus souvent.

Quelle peut bien être l'efficacité de ces moyens divers ?

Paragraphe I. — Apposition des scellés et inventaire

La femme qui vient de présenter sa requête, désire connaître la composition du mobilier commun pour que le mari ne puisse pas le dissimuler et se l'approprier pendant l'instance. La meilleure façon d'empêcher que l'on ne touche à ces meubles de la communauté, c'est de requérir l'apposition immédiate des scellés sur l'immeuble qui les renferme. Mais la formalité de l'apposition des scellés ne saurait être efficace qu'autant qu'il est dressé inventaire de tous les biens communs. La

femme requiert donc du Président du tribunal l'autorisation d'apposer les scellés et de dresser inventaire dans la même requête.

Il peut se faire qu'au moment de l'inventaire, dans l'immeuble ordinaire du ménage, se rencontrent pêle-mêle des meubles communs et des meubles propres au mari. Le notaire qui procède à l'inventaire, peut-il comprendre ces derniers dans son acte d'inquisition. A première vue l'admettre semblerait chose osée. En général, on peut dire, en effet, que la plupart des meubles qui se trouvent dans l'immeuble occupé jusque là par le ménage sont communs. Les époux ne possèdent guère comme meubles propres que des souvenirs de famille ou des papiers personnels et souvent confidentiels. Aussi apparaîtrait-il anormal d'inventorier les meubles propres du mari.

Cependant, il peut arriver que dans certains cas la femme ait à exercer son droit à reprises sur les meubles propres du mari : elle risquerait de voir, s'ils n'étaient pas inventoriés, se volatiliser les meubles en question et il serait par la suite difficile de fixer la valeur du meuble sur lequel elle doit baser son action.

Aussi ne doit-on pas s'étonner que certains tribunaux aillent jusqu'à permettre l'inclusion dans l'inventaire des meubles propres du mari. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de Rouen du 15 mai 1926 (8) a décidé qu'il y avait lieu d'inventorier tout ce qui peut servir de base à la liquidation et au partage, même les papiers et documents strictement confidentiels comme l'agenda d'un médecin, s'ils sont notamment de nature à constater les droits pécuniaires des époux.

L'inventaire terminé, la nécessité d'établir un gar-

(8) S. 1927-2-46.

dien s'impose. Y aura-t-il quelque inconvénient pour la femme à ce que ce soit son mari qui soit nommé ? Il ne le semble pas. C'est qu'en effet, le mari constitué gardien, sera tenu de représenter en nature les objets inventoriés et dans l'état où ils étaient au moment de l'inventaire. C'est donc lui interdire de les briser. Sinon, il sera tenu de rembourser à la communauté et cette fois sur ses propres biens la valeur pour laquelle l'objet a été prisé. Aucun inconvénient, par conséquent, pour la femme à la nomination du mari comme gardien. En pratique ce sera d'ailleurs à cette solution que l'on s'arrête puisque la femme, autorisée le plus souvent à résider séparément, ne peut plus exercer aucune surveillance effective sur les biens de la communauté.

Paragraphe II. — La femme peut-elle saisir-arrêter les biens communs ?

Il se peut que l'apposition des scellés ne soit pas une mesure suffisante pour la garantie des droits de la femme. On s'est demandé s'il lui était possible de saisir-arrêter entre les mains d'un tiers une somme dûe par celui-ci au mari ?

Les termes très larges de l'article 242 semblent laisser au juge un assez grand pouvoir d'appréciation sur les mesures qu'il peut autoriser.

On a cru cependant en l'occurrence que cette mesure devait être intimement liée à celle de l'apposition des scellés. La Jurisprudence a alors été très longtemps à refuser à la femme le droit de recourir à une saisie-arrêt pour la conservation de droits, si cette conservation s'avérait suffisamment obtenue par l'apposition des scellés suivie de l'inventaire. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour

de Paris du 2 mars 1886 (9), refusait à la femme de recourir à une saisie-arrêt, l'apposition des scellés et l'inventaire qui avaient été préalablement faits, se révélant des mesures suffisantes pour la garantie des droits de la femme.

Cependant il semble normal d'accorder à la femme le maximum de garanties pour la conservation de ses droits. Deux remèdes, s'ils sont bons valent mieux qu'un et une évolution s'est faite d'ailleurs en ce sens. La Cour de Cassation dans un arrêt du 16 décembre 1889 (10) a décidé que le juge peut toujours, au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce, autoriser sur la demande de la femme, la saisie-arrêt des sommes et valeurs dépendant de la communauté.

Depuis cet arrêt de la Cour suprême, les cours d'appel et les tribunaux n'hésitent plus à accorder à la femme le droit de saisie-arrêt sur les sommes détenues par des tiers (11).

Les auteurs dont certains avaient d'ailleurs préparé la voie à cette Jurisprudence, sont tous unanimes dans leur affirmation actuelle : si la femme peut faire apposer les scellés sur le mobilier commun et l'inventorier, elle peut aussi saisir-arrêter les sommes détenues par des tiers au profit du mari ou de la communauté (12). En fait cette mesure de saisie-arrêt est très souvent employée par la femme car elle a pour immense avantage

(9) Sirey, 86-2-161.

(10) Sirey, 90-1-481.

(11) Paris, 13 avril 1889. S. 91-2-27. D. 92-2-552. — Trib. Boulogne-sur-Mer, 3 avril 1925. G. P. 3 et 4 mai 1925. — Req., 24 juillet 1933. S. 33-1-385. — Angers, 21 mars 1934. D. H., 1934, p. 323.

(12) Aubry et Rau, *loc. cit.* VII. § 478, texte et note 100. — Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* T. IV, par Chauveau, n° 223. — Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français.* Tome II, par Rouast, n° 618, page 509. — Colin et Capitant, *loc. cit.* Tome III, n° 197, 4me, page 224.

de figer les sommes d'argent entre les mains du tiers jusqu'au jour où il lui plaira d'en donner main levée. Si la femme ne peut pas pratiquement s'en servir, le mari ne le peut davantage et la somme d'argent ne saurait pas alors disparaître durant toute l'instance.

Paragraphe III. — Nomination d'un sequestre

Il peut arriver que l'apposition des scellés ou la saisie-arrêt qui ne visent malgré tout que des biens particuliers et à existence indépendante les uns vis-à-vis des autres (meubles, sommes d'argent ou titres de rente), ne soient pas des mesures conservatoires suffisantes pour la garantie des droits de la femme.

Le mari conserve, en effet, toujours l'administration du patrimoine commun et s'il ne peut plus faire disparaître chacun des biens inventoriés ou dépenser pour son compte les sommes d'argent saisies-arrêtées, il peut cependant arriver à diminuer la valeur de la communauté en s'attaquant à l'universalité juridique qui pourra grouper la totalité des biens communs inventoriés. C'est ainsi qu'un mari commerçant et administrateur d'un fonds de commerce commun dont on a établi préalablement la consistance, pourra en négligeant la clientèle ou en ne travaillant pas, causer un sérieux préjudice à la communauté en faisant diminuer par son attitude la valeur du fonds.

On peut se demander en ce cas, s'il ne sera pas permis à la femme de faire confier à un tiers, véritable mandataire de justice, l'administration du patrimoine commun ? Sera-t-il possible, en cas de danger pour le patrimoine de la femme de substituer au mari un se-

questre qui soit chargé de l'administration des intérêts de celle-ci ?

Le mari détient ses pouvoirs d'administration sur les biens communs de la loi (art. 1421). Il est donc permis de douter que l'on puisse l'en dépouiller totalement. Cette idée de substitution d'un sequestre au mari va donc à l'encontre de l'autorité souveraine qui lui est conférée sur les biens communs. Il n'apparaît pas possible de l'en dépouiller puisque c'est de la loi qu'il tient ses pouvoirs.

Cependant il est des cas où le mari renonce lui-même aux prérogatives qui lui sont confiées par la loi. Il fait preuve d'une négligence telle que son attitude s'interprète en un abandon tacite par lui des pouvoirs légaux dont il est revêtu.

On en arrive alors à conclure que si en l'état normal de la gestion de la communauté il n'est pas possible de substituer un sequestre au mari dans l'administration des biens communs, une nomination de sequestre deviendra nécessaire toutes les fois que les intérêts de la femme sembleront l'exiger.

La Jurisprudence a, dans tous les cas où elle a eu à se prononcer sur la question, affirmé sa volonté de ne restreindre qu'en des cas de nécessité les pouvoirs généraux du mari et de ne jamais les confier en bloc à un tiers. Un arrêt relativement récent de la Cour de Paris, du 23 décembre 1921 (13) est particulièrement clair en l'espèce. Le tribunal de la Seine avait cru pouvoir charger un sequestre de l'administration du fonds de commerce dépendant de la communauté. La Cour annula cette nomination « considérant que si aux termes de l'article 212 du Code Civil, au début d'une instance en

(13) D. 22-2-8. G. P. 22-1-243.

divorce, la femme peut prendre toutes mesures conservatoires pour la garantie de ses droits et la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance, ces mesures ne sauraient aller jusqu'à dépouiller le mari des pouvoirs d'administration de la communauté qu'il tient de l'article 1421 du Code Civil; qu'il n'est pas permis aux tribunaux notamment de confier à un tiers, fut-ce à un mandataire de justice l'administration d'un bien dépendant de la communauté à moins que la femme ne fasse la preuve que ses intérêts sont mis en péril par l'impéritie du mari ». D'ailleurs la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation s'était déjà prononcée dans le même sens, dès 1911 (14).

Mais ces arrêts ne sont pas les seuls en l'espèce; il en existe d'autres qui n'excluent pas absolument la nomination d'un séquestre. La Cour de Paris, dans un arrêt du 24 décembre 1919 (15), le permet et, plus récemment, la Cour de Colmar a admis la possibilité de la nomination d'un séquestre durant l'instance en séparation de corps et en divorce (16).

Mais la Jurisprudence n'entendra pas pour cela substituer un tiers au mari pour la totalité des biens communs; la nomination d'un séquestre ne peut porter que sur un bien nettement déterminé comme un fonds de commerce mais non sur l'intégralité de la masse commune. La Doctrine moderne se range résolument de ce côté et Josserand, Beudant, Planiol et Ripert, Colin et Capitant (17) affirment qu'il est possible aujour-

(14) Req., 28 juin 1911. D. 11-1-56.

(15) D. P. 20-2-75.

16) Colmar, 21 janvier 1930. D. P. 30-2-182. Note Nast.

(17) Josserand. Tome I. *Traité pratique et positif de Droit Civil Français*, n° 960. — Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Loc. cit.* T. X. n° 845. — Colin et Capitant, *Loc. cit.* Tome I, page 221. — Planiol et Ripert, *Loc. cit.* T. II, par Rouast, n° 616.

d'hui qu'un séquestre soit substitué au mari notamment si celui-ci ne semble pas à la hauteur de sa tâche.

Mais alors, qui sera nommé séquestre ? Il ne peut être question de choisir le mari : sa nomination n'aurait aucun intérêt. On pourrait songer à la femme, mais ce serait renverser la situation et il serait à craindre qu'elle n'en abusât. Cependant il est des cas où la Jurisprudence a confié à la femme l'administration d'un fonds de commerce commun (18), qu'elle avait toujours géré pendant le mariage, toutefois sans la dispense de l'autorisation maritale dans les cas où elle était prévue par la loi.

Cependant en général, le séquestre sera un tiers nommé par le juge, présentant par conséquent toutes garanties d'impartialité et qui n'a aucun intérêt opposé à celui des parties. La Jurisprudence semble de plus en plus disposée à admettre la nomination d'un séquestre. On peut actuellement, d'après Rouast, grouper sous trois chefs les cas où la nomination d'un séquestre est possible (19).

(18) Req., 11 fév. 1929. D. P. 1930-1-34.

(19) Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil*. Tome II. « La Famille », par Rouast, nos 612 et suivants.

Rouast envisage même un quatrième cas de nomination de séquestre, mais ce cas ne saurait être retenu ici car n'intéresse pas la fraude du mari. C'est celui qui est offert par une application toute particulière de l'article 242 et que n'avait certainement pas prévu le législateur de 1886. C'est une conséquence de la loi du 13 juillet 1907 permettant à la femme d'administrer librement ses biens réservés. En ce cas, le tribunal pourra dans l'intérêt exclusif du mari charger un tiers de l'administration des biens réservés. Telle est du moins l'opinion de la Cour de Paris dans un arrêt du 8 juin 1923. G. P. 21 sept. 1923. — « Les biens réservés, y lit-on, doivent entrer dans le partage des fonds communs. Dans ces conditions, le mari peut avoir intérêt à ce que les bénéfices produits par la gestion de sa femme ne soient pas distraits et c'est à bon droit que le magistrat conciliateur à titre conservatoire, nomme un sequestre... »

1^er^ *cas.* — Un séquestre peut être nommé en cas de mauvaise gestion des biens propres de la femme ou des biens dotaux par le mari. Les décisions sont ici très nombreuses (20). La Jurisprudence se montre toujours très prudente et n'oublie jamais de rappeler le principe d'administration légalement conféré au mari que seul un danger sérieux lui permet d'écarter. A titre d'exemple, il est bon de rappeler les motifs d'un arrêt prononcé par la Chambre des Requêtes le 10 novembre 1930: « En principe le mari ne peut, tant que le mariage subsiste, être privé de l'administration des biens dotaux de sa femme, chacun des époux dans une instance en séparation de corps, par application des articles 242 et 307 du Code Civil, peut être fondé à demander en justice des mesures conservatoires pour la garantie de ses droits; par suite le juge a le pouvoir dès avant la séparation de constituer un séquestre à raison de la méconnaissance par le mari de ses obligations, de son impéritie, de sa négligence ou de sa malveillance envers sa femme » (21).

2^e^ *cas.* — La même solution est encore admise en faveur de la femme pour garantir le paiement d'une pension alimentaire ou d'une provision *ad litem* que lui aurait accordé le juge. Celui-ci pourra en même temps charger un tiers d'administrer un bien propre de la femme ou un immeuble commun et de verser à la femme les sommes qui lui sont dues par le mari pour son entretien (22).

(20) Montpellier, 31 janvier 1895. D. P. 95.2.355. — Paris, 31 juillet 1917; — Paris, 24 déc. 1919. D. P. 1920-2-74.

(21) D. P., 30-1-570.

(22) Poitiers, 25 fév. 1878. D. P. 79-2-68. — Bordeaux, 4 fév. 1897. S. 99-2-134. — Bordeaux, 27 juil. 1914. D. 1917-2-85. — Paris, 22 juillet 1919. D. 1920-2-75.

3e *cas.* — Enfin le juge peut encore, sur la demande de la femme recourir à la même mesure pour les biens de la femme ou de la communauté ou au moins une partie de ceux-ci chaque fois que le mari par suite de son impéritie ou de sa mauvaise volonté met en péril la dot de sa femme et cela résulte notamment des termes de l'arrêt de la Cour de Paris en date du 23 décembre 1921 (23).

Malgré le développement accordé par la Jurisprudence à l'octroi des mesures conservatoires, le système actuel de protection de la femme durant l'instance en séparation de corps ou en divorce apparaît comme insuffisant. L'apposition des scellés n'est qu'une mesure momentanée en attendant le jour de l'inventaire. Mais entre temps, pour peu que le mari soit animé d'un véritable sentiment de haine à l'encontre de sa femme, rien ne peut l'empêcher de briser les scellés, de s'emparer des meubles communs et de les détruire. La peine correctionnelle qu'il encourra pour bris de scellés n'est pas un obstacle suffisant à l'arrêter.

Il faudrait donc songer dès la requête énonciative des faits et dès l'ordonnance du Président, arriver à enlever au mari toute administration sur les biens communs en accordant cette gestion à un tiers. Jusqu'à présent la Jurisprudence répugne à nommer un séquestre à tous les biens de la communauté et se borne

(23) *Supra*, note 13, page 176. — Colin et Capitant admettent aussi la nomination d'un sequestre en ce cas de mauvaise gestion, mauvaise foi du mari à raison du caractère spécial du bien par exemple « Fonds de commerce ». — *Loc. cit.* n° 197. T. I. — En ce sens aussi la Jurisprudence : Civ., 10 juin 1898. D. 98-1-532. — Req., 28 juin 1911. D. 14-1-56. — Req., 2 mars 1920. D. P. 21-1-71. — Poitiers, 5 avril 1924. D. H. 1924. 403.

à lui accorder des droits sur une partie seulement de ces biens : fonds de commerce, etc...

Une retouche serait nécessaire au Code puisque l'article 242 ne semble plus correspondre au but véritablement voulu : celui de protéger utilement la femme pendant l'instance. Il faudrait organiser tout un système de garantie pour la femme et déchoir le mari de ses droits d'administrateur dès le début de l'instance. On conférerait alors ces pouvoirs à un tiers qui offrirait toute sécurité nécessaire : un officier ministériel, de préférence un notaire qui se sera déjà chargé de toutes les transactions communes et qui semble ainsi tout désigné par la suite pour faire la liquidation de la communauté. C'est à cet égard que la saisie-arrêt apparaît aux yeux de la femme comme la mesure de conservation idéale : le tiers détenteur, objet de l'opposition, ne peut, en effet, se débarrasser de la somme qu'il détient et qui reste ainsi hors de l'atteinte du mari.

CHAPITRE II

Fraude du mari contre sa femme dans ses relations avec les tiers, durant l'instance en séparation de corps ou en divorce

Les tiers ne sont pas avertis de l'instance engagée par un des époux contre son conjoint. Il n'existe pas en matière de séparation de corps ou de divorce, une publicité de la demande comme en matière de séparation de biens (art. 866, 867, Code de Procédure Civile). Il est même bon que les étrangers à la vie du ménage n'en soient pas avertis, car cette publicité pourrait être un sérieux obstacle à la réconciliation toujours possible des époux.

Pour les tiers, le mari reste donc toujours administrateur des biens communs et à leurs yeux rien ne saurait les faire croire que la situation a changé. Le mari est alors dans une situation privilégiée. D'un côté, il veut profiter des derniers moments où il est chef de la communauté pour frustrer sa femme; de l'autre, l'ignorance de la nouvelle situation des époux où se trouvent les tiers, l'aide admirablement à arriver à ses fins.

Le mari va alors durant l'instance continuer de passer des contrats à titre onéreux avec les tiers. Il pourra

même leur consentir des donations de biens communs dans la mesure où il ne se heurtera pas aux mesures provisoires ordonnées par le Président. La femme est alors dans une situation critique et l'on peut se demander si en présence d'une fraude faite par le mari en faveur d'un tiers pendant la durée de l'instance, il lui sera accordé un moyen de se retourner contre le bénéficiaire de l'acte ainsi passé à son détriment.

Le Code était muet sur la question de la fraude pendant la communauté. Mais il a prévu le cas de la fraude durant l'instance en séparation de corps ou en divorce, et la loi du 18 avril 1886, reproduisant exactement l'ancien article 271, a inséré dans l'article 243 actuel une disposition qui permet à la femme commune en biens de faire annuler certaines obligations contractées par le mari avec les tiers.

En présence de cette fraude possible du mari durant l'instance en séparation de corps ou en divorce dans ses relations avec les tiers, se posent les questions de sa notion et sa sanction telle qu'elle est prévue par l'article 243.

SECTION I

NOTION DE FRAUDE DU MARI DANS SES RELATIONS AVEC LES TIERS DURANT L'INSTANCE EN SÉPARATION DE CORPS OU EN DIVORCE

L'article 243 dispose : Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235, sera déclarée nulle s'il est

prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ».

Cet article fixe le point de départ de la période où les aliénations faites durant l'instance en fraude des droits de la femme seront déclarées nulles : c'est l'ordonnance du président autorisant à citer en conciliation.

Mais quand finira cette même période ? A quel moment les tiers seront-ils censés connaître la nouvelle situation des époux et par conséquent ne devront-ils plus contracter avec le mari en qualité d'administrateur des biens communs ?

L'article 243 parle ensuite de « toute obligation contractée par le mari à charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent ». On peut se demander ce qu'il faut entendre par ces termes ?

La question de l'étendue de la fraude durant l'instance en divorce doit donc être envisagée sous deux aspects : il faudra d'abord déterminer le moment où les tiers désormais avertis du changement de régime des biens ne pourront plus faire état de leur ignorance à l'encontre de la femme qui les attaque : il y aura lieu ensuite d'étudier les divers actes accomplis par le mari et qui tomberont sous le coup de la sanction de l'article 243.

Paragraphe I. — A quel moment les tiers sont-ils censés avoir connaissance du changement du régime des biens ?

Les diverses phases de la procédure de divorce ou de séparation de corps une fois commencée vont se dérouler sensiblement les mêmes jusqu'au jour du prononcé du jugement en audience publique.

On peut alors se demander si cette publicité de la décision n'est pas suffisante pour faire connaître aux tiers le libellé du jugement intervenu ?

C'est assez peu vraisemblable : en fait, les tribunaux civils sont peu fréquentés du public et le prononcé du jugement se fera souvent devant un prétoire vide. La masse ne sera pas atteinte et la nécessité d'une publicité spéciale est alors apparue aussi bien pour le divorce que pour la séparation de corps.

Le Code Civil a résolu la question en matière de divorce : il prévoit une transcription obligatoire du jugement sur les registres d'état civil et en outre (art. 251) une mention de cette transcription en marge de l'acte de mariage des époux. L'article 252 *in fine* dispose alors « que le jugement ne produira effet aux regards des tiers que du jour de la transcription ».

Les auteurs sont alors unanimes à reconnaître, avec la Jurisprudence, ce jour comme point de départ des effets du divorce à l'égard des étrangers au ménage. Baudry-Lacantinerie s'exprime ainsi : « La dissolution du mariage pour les tiers ne saurait être marquée autrement que par la transcription sur les registres de l'état civil » (1).

On ne saurait donc, en matière de divorce, trouver matière quelconque à difficulté : dès le jour de l'ordonnance présidentielle la femme pourra dans son propre intérêt, faire limiter les pouvoirs de son mari en requérant des mesures provisoires; d'autre part, ce sera le jour de la transcription du jugement qui établira pour les tiers le jour où ils devront avoir connaissance du

(1) Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit Civil.* Tome IV, par Chauveau et Chéneaux. N° 246, p. 163, 3e éd.

changement intervenu dans les droits d'administration de l'époux.

Mais la question se présente différemment en matière de séparation de corps où la loi n'a prévu aucune transcription ni mention en marge de l'acte de mariage. Et cependant si le mariage n'est pas rompu par le jugement intervenu, la communauté sera cependant dissoute. Il y a donc lieu d'en avertir les tiers. C'est bien ce que proclame Laurent : « La séparation de corps intéresse les tiers qui sont dans le cas de traiter avec les époux. Bien que le mariage subsiste, la vie commune cesse, et par suite la femme n'est plus mandataire de son mari pour les dépenses du ménage. Chacun des époux vit séparé et a son ménage à lui. Ils sont de plus séparés de biens : d'où suit que le mari n'a plus la jouissance des biens de la femme, tandis que la femme reprend l'administration de son patrimoine, et elle en a aussi la jouissance. La séparation de corps altère donc le crédit du mari, et elle donne à la femme une capacité exceptionnelle. De là, la nécessité d'avertir les tiers du changement qui s'est opéré dans la position des époux » (2).

On sait que la séparation de corps entraîne séparation de biens. Ces deux procédures diffèrent cependant et dans la première n'existe pas cette publicité de la demande exigée dans la seconde par les articles 866 et 867 du Code de Procédure Civile.

Les tiers auront donc plus difficilement connaissance du jugement de séparation de corps. A partir de quel moment seront-ils toutefois réputés apprendre le changement intervenu dans les pouvoirs du mari ?

(2) Laurent, *Principes de Droit Civil Français*. Tome III, n° 339, p. 391.

Certains auteurs (13) ont prétendu que le jugement de séparation de corps devait être considérée comme opposable aux tiers dès le jour où la publicité par affiches avait été réalisée. Le Code de Procédure Civile prévoit, en effet, une publicité spéciale du jugement de séparation de corps (4) par affichage dans l'auditoire des tribunaux civil et de commerce du domicile du mari.

Il semble qu'il soit difficile d'admettre ce point de vue quand on songe que le jour de la publicité du jugement de séparation de corps ne saurait être uniformément fixée. La publicité de la décision ne saurait être faite que lorsque le jugement est devenu définitif, c'est-à-dire, après que les délais d'appel ou d'opposition sont écoulés. Or les délais d'opposition notamment peuvent être longs, l'art. 247 prévoyant une durée de huit mois à la période du recours accordé à la partie défaillante sans domicile ni résidence connus, ce qui n'est pas pour uniformiser la question du jour de la publicité.

La Doctrine, en général, est muette à ce sujet et la Jurisprudence n'a aucune décision qui permette d'avoir une opinion quelconque. L'absence de texte permet aussi de songer à une autre solution que celle offerte par Laurent, et qui soit un peu plus satisfaisante.

La publicité de l'insertion dépendant somme toute du jour où la décision n'est plus susceptible de recours, il apparaît logique de dire alors que le jour où le jugement deviendra opposable aux tiers sera celui où il aura acquis autorité de la chose jugée, c'est-à-dire au

(3) Laurent, *Loc. cit.*

(4) Article 880 du C. P. C. renvoyant à l'art. 872 édicté en matière de séparation de biens. Il est aussi de coutume par analogie avec le divorce d'insérer un extrait de la décision rendue dans un journal d'annonces légales.

moment où il ne sera plus susceptible d'opposition ou d'appel.

C'est d'ailleurs ramener la question au droit commun. On sait, en effet, que c'est une règle qu'un jugement ne peut plus être attaqué du jour où les délais de recours sont expirés. Il s'impose alors aux parties et aux tiers qui n'auront plus désormais la faculté de l'attaquer (5).

L'adoption de cette opinion, en matière de séparation de corps semble alors simplifier le problème et il vaut mieux dire que le jugement de séparation de corps deviendra opposable aux tiers du jour où il sera devenu définitif.

Paragraphe II. — Des actes passés par le mari et susceptibles d'annulation durant l'instance en séparation de corps et en divorce

L'article 243 du Code Civil vise les aliénations immobilières et les obligations contractées par le mari. On peut se demander à la lecture de ce texte si les actes frauduleux qui sont interdits durant la période de l'instance se limitent aux immeubles. Cet article stipule, en effet, que « toute obligation contractée par le mari à charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235, sera déclarée nulle s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ».

(5) En matière de séparation de biens, les créanciers jouissent du droit d'attaquer le jugement par tierce opposition. Cette voie de recours est inconnue en matière de séparation de corps et de divorce. On comprendrait mal, en effet, une immixtion des tiers pour des intérêts pécuniaires, dans la vie privée des époux.

A la lecture de cet extrait, une pensée vient immédiatement à l'esprit du mari, dont le procès en cours active le désir de frustrer sa femme : il ne lui est pas permis d'aliéner les immeubles communs, même en vue de l'établissement d'un enfant commun ? (6) Il aliénera le plus possible de meubles et au besoin tous les meubles communs pour priver sa femme de la part qu'elle y possède.

Un tel calcul est-il possible ? En d'autres termes doit-on interpréter strictement l'article 243 ou au contraire, s'efforcer de dégager les termes qui y sont employés pour en découvrir l'esprit ?

On ne saurait s'arrêter à l'interprétation littérale de ce texte pour la bonne raison que les immeubles ne sont pas toujours aujourd'hui, comme ils l'étaient au moment de la rédaction du Code Civil ou même de la loi de 1886, le fonds principal des fortunes. Dès lors, le mari aura-t-il le droit, par exemple, de liquider un gros paquet de titres de rente, alors qu'il ne lui sera pas permis de vendre un petit champ de valeur infime ?

Il ne semble pas que ce soit ce qu'ait voulu la loi. L'article 243 a voulu plutôt défendre au mari de pouvoir disposer de façon trop importante des biens composant la communauté, pour que la femme ne fût pas lésée.

On sait déjà ce qu'il faut entendre par actes de disposition et par actes d'administration (7). Si l'acte de disposition s'analyse plus spécialement en une aliénation du capital constituant la base de la fortune, que celle-ci soit mobilière ou immobilière, l'acte d'adminis-

(6) Voir situation différente durant la communauté. *Supra*, p. 30, 1re partie. Ch. I. Section I. Par. I.

(7) Voir 1re partie, page 43.

tration au contraire se révèle par la mise en valeur de ce capital et au besoin par une aliénation des revenus qu'il produit. Si le capital, fonds de la fortune commune n'est pas touché, la femme n'a plus rien à craindre et à la liquidation du régime, elle retrouvera la moitié de cette valeur.

C'est donc plus spécialement à cette notion d'acte de disposition et d'acte d'administration qu'il faut s'arrêter en présence de l'article 243. Il apparaît, en effet, que le terme « immeubles » qui y est employé veuille révéler une idée plus précise, celle d'un capital fonds stable d'une fortune.

Par extension, il est logique aujourd'hui où le fonds des fortunes est souvent mobilier (argent ou titres) d'interdire au mari tout acte de disposition sur les meubles. Cette idée n'est d'ailleurs pas fantaisiste. La Jurisprudence la consacre et notamment la Cour de Paris qui a rendu en cette matière le 3 avril 1909 (8), un arrêt dont les considérants sont assez suggestifs : « Si le texte de cet article (243) vise ensuite spécialement la nullité de toute aliénation immobilière, on ne peut voir dans cette citation, une limitation au principe général posé, et que ce serait méconnaître d'une façon absolue l'idée de protection qui a inspiré au législateur l'article 243 que de méconnaître au mari dont l'administration est devenue nécessairement suspecte le droit de disposer à sa guise au mépris des droits de sa femme de tout ou partie de l'actif mobilier de la communauté... ».

On arrive alors à cette conclusion que seuls les actes d'aliénation susceptibles d'amoindrir considérablement le patrimoine commun sont interdits au mari et il im-

(8) Sirey, 1909-2-164.

portera peu que ces actes portent sur des meubles ou des immeubles.

Mais l'article 243 ne parle pas seulement des aliénations, il parle aussi des obligations contractées par le mari.

Le mari peut, en effet, durant l'instance, s'entendre avec un étranger au ménage et signer des reconnaissances de dettes fictives en sa faveur. La communauté sera alors tenue de rembourser le créancier fictif le jour de la liquidation. La femme sera ainsi frustrée de sa part, tandis que le mari recouvrera la sienne des mains de son complice. On comprend la sanction édictée par l'article 243 dans l'intérêt de la femme en ce cas.

Mais la femme n'usera pas nécessairement de ce moyen. Elle en possède un autre beaucoup plus efficace: la sanction de l'article 1477.

On sait que le recel s'analyse en toute fraude faite dans le but de rompre l'égalité du partage (9). Dès que l'instance est engagée, on prévoit a priori une liquidation future. Les obligations contractées par le mari s'analysent très souvent en un recel par création de dettes fictives (10). On comprend alors qu'il soit avantageux pour la femme d'utiliser la sanction du recel.

SECTION II

SANCTION DE LA FRAUDE AU PROFIT DES TIERS, DURANT L'INSTANCE EN SÉPARATION DE CORPS OU EN DIVORCE

Cette sanction édictée par l'article 243 présente une analogie certaine avec l'article 1167. L'action accordée

(9) *Supra*, page 132.
(10) *Supra*, page 130.

à la femme pour faire annuler certains actes faits par le mari en fraude de ses droits n'est-elle donc, en cas de fraude en cours d'instance de divorce ou de séparation de corps qu'une application de l'action Paulienne ?

C'est ainsi qu'on l'a présentée lors de la rédaction du Code Civil et de l'élaboration de la loi de 1886 et il semble bien que les deux textes aient été rédigés dans le même esprit. Voilà pourquoi la Doctrine et la Jurisprudence ont étendu très largement à l'action née de l'article 243, les règles de l'action Paulienne (11). Les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris du 5 nov. 1920 (12) résument même clairement la position prise. Dans cette affaire, un mari en instance de divorce avait, à l'insu de sa femme cédé à bail pour plus de 10 ans et pour une somme de cinq cents francs un magasin de modes dépendant de la communauté et précédemment géré par la femme. La Cour a admis la nullité de ce contrat: « Si aux termes de l'art. 1421 du Code Civil, dit-elle, le mari administre seul les biens de la communauté et peut les aliéner sans le concours de sa femme, il résulte des dispositions de l'article 243 du même Code, dont les termes ne doivent pas être interprétés restrictivement, que pendant l'instance du divorce, tout acte de disposition des biens de la communauté fait par le mari en fraude des droits de sa femme doit être annulé; qu'il convient, il est vrai en cette matière comme en celle de l'action Paulienne régie par l'art. 1167, d'exiger la

(11) En ce sens : Huc, *loc. cit.* T. II, n° 359. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.* IV, p. 225. — Carpentier, *Divorce et Séparation de corps.* Tome I, p. 226. — Planiol et Ripert, *Loc. cit.* Tome II. *La famille*, par Rouast, n° 619, p. 510.

Cas. Civ., 23 juin 1928. D. 28-1-86. S. 28-1-168. — Montpellier, 16 nov. 1889. D. 90-2-171. — Aix, 10 mai 1906. S. 1908-2-61. — Paris, 3 avril 1909. S. 09-2-164.

(12) Paris, 5 nov. 1920. D. 1921-2-70. S. 1922-2-10.

preuve de la mauvaise foi du tiers contractant à titre onéreux et de sa collusion avec le mari, mais que cette preuve est suffisamment faite lorsqu'il est constant que ce tiers avait ou ne pouvait pas avoir connaissance de l'intention frauduleuse du mari et du préjudice que le contrat devait porter à sa femme ».

Les conséquences de cette analogie sont alors faciles à tirer : durant l'instance, c'est-à-dire entre l'Ordonnance présidentielle et le jour de la transcription pour le divorce et celui où le jugement sera devenu définitif en matière de séparation de corps, tous les actes de disposition du mari consentis à titre gratuit seront annulés sans que l'on tienne compte de la bonne ou de la mauvaise foi du donataire.

Pour les actes à titre onéreux, il y aura lieu de savoir si le tiers a été « *conscius fraudis* », c'est-à-dire s'il avait connaissance de la fraude maritale. Dans ce cas l'annulation s'ensuivra à la requête de la femme. Au contraire si le tiers a été de bonne foi, ses droits seront respectés et la femme ne pourra obtenir la mise à néant de l'acte.

Cependant cette assimilation de l'article 243 et de l'article 1167 ne semble pas devoir être retenue.

L'article 243 a sa raison d'exister tout comme l'article 1167.

L'article 1167 suffirait à protéger la femme créancière de la communauté comme il suffit à tout créancier ordinaire qui veut demander la mise à néant des actes frauduleux de son débiteur.

L'article 243, qui envisage la fraude du mari durant l'instance en divorce ou en séparation, paraît embrasser un champ d'application plus vaste que l'article 1167 : il

punit toute fraude quelconque de l'un des époux à l'encontre de l'autre sans discrimination dans la qualité de la femme qui agit. On sait, en effet, que celle-ci peut agir comme créancière de la communauté et comme copropriétaire des biens communs. L'article 1167 ne lui donne la faculté d'agir que comme créancière. N'est-ce pas dans l'article 243 qu'il faut alors trouver un fondement complet à l'action accordée à la femme, victime de fraude durant l'insistance en divorce ou séparation de corps, comme on trouvait dans la maxime « *fraus omnia corrumpit* » — dont l'art. 243 n'est d'ailleurs qu'un cas d'application spécial, — le fondement à l'action donnée à la femme durant la communauté.

L'adoption de ce système permet, en effet, de retrouver ici les mêmes avantages que l'on rencontrait précédemment (13) et il n'y aura plus lieu de tenir compte de la bonne ou mauvaise foi du tiers acquéreur : seule la question de la fraude est primordiale.

La sanction de l'article 243 apparaît alors comme une action en inopposabilité semblable à celle accordée en vertu de la maxime « *fraus omnia corrumpit* ». L'acte subsistera entre le mari et le tiers, mais il sera inefficace à l'encontre de la femme.

Si le tiers conserve alors l'objet par devers lui, il appartiendra à la femme de faire retomber sur le mari les conséquences de sa fraude.

Ceci lui sera toujours possible en cas de solvabilité de son époux qui sera privé d'une part égale dans le partage à la valeur de l'objet vendu ou donné.

C'est d'ailleurs vers cette voie que la Jurisprudence récente semble s'aiguiller et la Chambre Civile de la Cour de Cassation jugeait dans un arrêt du 10 mai

(13) Première partie. Sanction. Ch. III. Sect. I, parag. II.

1933 (14) qu'il devait être accordé à une femme divorcée une indemnité à raison de la fraude commise par son mari en achetant pendant l'instance, sous le couvert d'un prête-nom, un fonds de commerce payé avec des deniers communs.

Cette solution aboutit en définitive à faire retomber sur l'époux fraudeur les conséquences des actes qu'il a passés. Elle se rattache ainsi à celle qui se produit en matière de fraude durant la communauté et par recel (15).

(14) Dalloz, hebdomadaire, 1933, p. 361.
(15) *Supra*, 1re partie, page 83, 2e partie Titre I, page 139.

CONCLUSION

Ce sont les pouvoirs d'administration conférés au mari sur les biens de la communauté qui incitent ce dernier à en abuser et le cas échéant à frauder son épouse.

Le Code de 1804 avait fixé l'étendue des droits du mari commun en biens et cet ouvrage a visé avant tout à montrer comment la loi ou la Jurisprudence, en cas d'absence de textes, arrivent à protéger la femme victime d'une gestion malhonnête des biens communs.

On en déduit aisément que plus les pouvoirs du mari seront restreints sur les biens de la communauté, moins la femme, qui pourra y exercer un certain contrôle aura de raisons de craindre pour sa part.

Un pas a déjà été fait en ce sens dès le début du présent siècle et depuis la loi du 13 juillet 1907, le mari ne possède plus sur la totalité de la communauté les mêmes pouvoirs que ceux qu'il avait durant tout le XIX[e] siècle. Cette loi a, en effet, accordé à la femme mariée, la libre administration et la libre disposition des

biens communs qui résultent de son salaire et des produits de son salaire.

Pratiquement, on peut dire que de nos jours, dans les petits ménages où le fruit du travail des deux époux constitue presque la seule ressource familiale, la question de la fraude maritale est presque vaine : on voit, en effet, à côté du mari administrateur de la partie des biens communs qui viennent de l'épargne de son travail, la femme vivre en pleine indépendance juridique (1) en disposant de son propre salaire.

L'on arrive alors à n'entrevoir la possibilité d'une fraude que dans les ménages un peu plus aisés où, au moment du mariage, les époux apportent à la communauté, chacun, une certaine quantité de meubles, mobilier ou valeurs.

Il n'est pas dit que le courant créé par la loi du 13 juillet 1907 s'en tienne là. Si la législation future continuait dans la voie tracée, peut-être n'est-il pas impossible qu'un jour, il soit accordé à la femme, désormais capable d'administrer ses biens propres (2), le droit de gérer et de disposer de la portion de biens qu'elle aura apporté à la communauté au moment de se marier et notamment par dot.

Le mari ne disposant plus alors que de ses biens propres à lui et de la partie de biens communs qu'il aura lui-même versée à la communauté au jour de son mariage, verra s'évanouir pour lui tout espoir de

(1) Depuis la loi du 18 février 1938, elle n'a même plus à être autorisée de son mari.
(2) Id.

s'emparer jamais des biens de sa femme, aussi bien propres que communs.

Ce sera, ce jour-là, l'égalité parfaite entre les deux époux, au sein d'un ménage uni.

Vu : *Le Président de la thèse,*
André TRASBOT.

Rennes, le 9 janvier 1939.
Vu : *Le Doyen.*
Pour le Doyen, l'Assesseur délégué,
Roger Lenoan.

Vu et permis d'imprimer.
Le Recteur de l'Académie de Rennes.
Rennes, le 12 janvier 1939.
Galletier.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Droit Romain et Ancien Droit.

Girard. — *Traité élémentaire de Droit Romain.* 8e édition.
Dumoulin. — *Sous la Coutume de Paris.* Art. 225.
Ferrière. — *Commentaires sur la Coutume de Paris.* T. III.
Bourdot et Richebourg. — *Coutume d'Anjou et du Maine.*
Loisel. — *Institutes Coutumières.*
Lebrun. — *Traité de la communauté.*
Pothier. — *Traité de la communauté.*

II. — Auteurs modernes

Toullier. — *Droit Civil Français.* Tome XII.
Troplong. — *Le Droit Civil expliqué.* Tome I.
Rodière et Pont. — *Traité du contrat de mariage.* Tome II.
Huc. — *Commentaire de Droit Civil.* T. IX.
Marcadé. — *Eléments de droit civil français.* Tome V. Articles 1421, 1422 et 1423.
Guillouard. — *Traité du contrat de mariage.* T. II et III. 1895.
Laurent. — *Principes de Droit Civil Français.* T. XXII et XXIII 1893.
Aubry et Rau. — *Cours de Droit Civil Français.*

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — *Le Contrat de mariage.* 1897. Tomes I, II et III.

Wahl. — *Note au Sirey.* 1899-2-73.

Ripert. — *La règle morale dans les obligations civiles.* 1925.

Planiol et Ripert. — *Traité Pratique de Droit Civil Français.* Tomes VIII et IX par Nast. Contrats de mariage, 1927.

Planiol et Ripert. — *Traité Pratique de Droit Civil Français.* Tome II. La Famille, par Rouast.

Planiol et Ripert. — *Traité élémentaire de Droit Civil.* 2e édition. Tomes I et III.

Mme Béquignon-Lagarde. — *Note au Sirey.* 1929-1-97.

Hubert. — *Note au Sirey.* 1931-1-361.

Nast. — *Note au Dalloz.* 1931-1-81.

Colin et H. Capitant. — *Cours Elémentaire de Droit Civil Français.* Tomes I et III. 7e édition 1932.

Josserand. — *Cours de Droit Civil Positif Français.* Tomes I, II et III.

Bonnecase-Julien. — *Précis de Droit Civil.* Tome I. 1934.

Beudant et Lerebours-Pigeonnière. — *Cours de Droit Civil Français,* 2e édition, 1937. Tome X. — Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux, par M. Lenoan.

Baudrez Henri. — *Des limites qu'il conviendrait d'apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration des biens de la communauté.* Thèse, Paris 1905.

Ragouët. — *Des prélèvements des époux.* Thèse Bordeaux, 1908.

Véron Jean. — *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme.* Thèse, Paris, 1924.

III. — Revues et périodiques

Pasicrisie Belge.

Revue du Notariat et de l'Enregistrement. — Numéros des 30 octobre, 15, 30 novembre 1935 et 15 janvier 1936. —

Du droit pour la femme passés par le mari pendant la communauté sur les biens communs en fraude de ses droits, par A. Depierrois.

Répertoire Dalloz de Législation et de Jurisprudence.

Répertoire Pratique Dalloz. — Sous le mot communauté.

Répertoire Pratique Sirey. — Sous le mot communauté.

Juris Classeur de Droit Civil (art. 1421 et suivants).

Recueil des arrêts de la Cour de Rennes. Année 1938. Fascicule I sous la rubrique Chronique, pages IV à LXIX.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

PREMIERE PARTIE

Fraude durant la Communauté 25

CHAPITRE I. — La notion de fraude pendant la communauté 26

*Section I^re^*. — Fraude dans les actes à titre gratuit. 27

Parag. I. — Fraude dans les donations..... 28

§ I. — Fraude automatique par dépassement des limites fixées par la loi: fraude par excès de pouvoir 29

A) Fraude dans les donations d'immeubles 30

B) Fraude dans les donations de meubles 37

§ II. — Fraude par détournement de pouvoir. Théorie de l'intention frauduleuse en matière de donations. 46

Parag. II. — Fraude dans les legs 51

Section II. — Fraude dans les actes à titre onéreux. 56

Parag. I. — Intention frauduleuse du mari, fondement de la fraude dans les actes à titre onéreux. 58

§ I. — Fraude à raison des circonstances : théorie de Lebrun. 60

§ II. — Fraude par résultat illégitime : théorie de Pothier. 64
Parag. II. — Moyen d'éviter la fraude. Concours de la femme à l'acte onéreux. 67
CHAPITRE II. — Preuve de la fraude..... 68
Section I. — Charge de la preuve..... 69
Parag. I. — Charge de la preuve de la fraude en matière d'excès de pouvoir du mari..... 69
Parag. II. — Charge de la preuve de la fraude en matière de détournement de pouvoir du mari. 72
Section II. — Modes de preuve. 77
CHAPITRE *III.* — Sanction de la fraude. 85
Section I. — Fondement de l'action donnée à la femme. 86
Parag. I. — Fondement de l'action donnée à la femme en tant que créancière de la communauté. 87
Parag. II. — Fondement de l'action donnée à la femme sur la part de biens dont elle est copropriétaire. 92
Parag. III. — Synthèse : établissement d'un fondement unique à l'action de la femme..... 97
Section II. — Caractère de l'action donnée à la femme. 99
Parag. I. — Intérêt de la distinction entre l'action en nullité et l'action en inopposabilité..... 100
Parag. II. — L'action de la femme est-elle une action en annulation ? 102
Parag. III. — L'action de la femme est-elle une action en inopposabilité ? 108
Section III. — Jeu de l'action accordée à la femme. 114
Parag. I. — Cas d'un contrat passé par le mari sur un meuble..... 115

Parag. II. — Cas d'un contrat passé par le mari sur un immeuble. 117
§ I. — Le contrat portant sur un immeuble est une donation. 117
§ II. — Cas du contrat portant sur un immeuble objet d'une aliénation à titre onéreux..... 119

DEUXIEME PARTIE

Fraude du mari après la dissolution de la communauté. 123

TITRE I

Fraude dans le partage : Recel et divertissement..... 125
CHAPITRE I. — Nature du recel et du divertissement 127
Section I. — Différence entre le recel et le divertissement. 128
Section II. — Distinction entre la fraude telle qu'elle se produit durant la communauté et le recel et divertissement. 133
CHAPITRE II. — Sanction du recel et divertissement 139
Section I. — Etendue de la sanction du recel..... 140
1) Le mari perd-il sa part de fruits et revenus dans l'objet diverti ? 144
2) Le mari, bien que recevant moins d'actif, est-il tenu cependant à la moitié du passif ?..... 146
3) Le mari est-il privé du droit d'effectuer ses reprises sur les objets divertis ou recelés ?.... 147
Section II. — Caractère de la sanction du recel.... 152
Parag. I. — Conséquences tirées du fait que le recel est un délit civil. 155
Parag. II. — Conséquences tirées du fait que le recel est une peine privée. 159

TITRE II

Fraude durant une instance en séparation de corps ou en divorce : idée que l'instance bien que faisant partie de la vie commune est érigée en période spéciale. 161

Chapitre I. — Rapports des époux entre eux en ce qui concerne l'administration des biens communs. 166

Section I. — Quel est le jour de la dissolution de la communauté ? 167

Section II. — Etude des mesures conservatoires accordées à la femme ? 169

Parag. I. — Apposition des scellés et inventaire. 171

Parag. II. — La femme peut-elle saisir-arrêter les biens communs ? 173

Parag. III. — Nomination d'un sequestre..... 175

Chapitre II. — Fraude du mari contre sa femme dans ses relations avec les tiers durant l'instance..... 182

Section I. — Notion de fraude du mari dans ses relations avec les tiers durant l'instance en séparation de corps ou en divorce..... 183

Parag. I. — A quel moment les tiers sont-ils censés avoir connaissance du changement du régime des biens. 184

Parag. II. — Des actes passés par le mari et susceptibles d'annulation durant l'instance..... 188

Section II. — Sanction de la fraude au profit des tiers durant l'instance en séparation de corps ou en divorce 191

Conclusion 197

Bibliographie 201

Table des matières..... 205

PLOERMEL. — IMP. « LE PLOERMELAIS ».